

Hartmut Herbsleb

Die Aufrechnung im Verwaltungsrecht

1968



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Aufrechnung im Verwaltungsrecht

Inauguraldissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die

Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Hartmut Herbsleb
aus Halle a.d. Saale

Münster 1968

1. Berichterstatter: Professor Dr. Hans J. Wolff

2. Berichterstatter: Professor Dr. Menger

Dekan: Professor Dr. Nörr

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Februar 1968



Die Aufrechnung im Verwaltungsrecht

I. Teil

Die Aufrechnung außerhalb des Prozesses	1
§ 1 Die analoge Anwendung der §§ 387 ff. BGB im Verwaltungsrecht	1
1.) Die Analogie von Privatrecht oder die Anwendung allgemeiner Rechts- gedanken als geeignete Methode zur Lückenschließung im öffentlichen Recht	1
2.) Die Lücke im Verwaltungsrecht	7
3.) Die Aufrechnung von zwei öffent- lichrechtlichen Forderungen	9
4.) Die Aufrechnung von öffentlich- rechtlichen mit privatrechtlichen Forderungen	16
5.) Literaturübersicht	20
6.) Übersicht über die Rechtsprechung (mit einer Anmerkung)	22
§ 2 Die Einzelprobleme, welche sich aus dem Verwaltungsrecht ergeben	24
1.) Die Entstehung der öffentlichrecht- lichen Geldforderung, insbesondere der doppelte Rechtsgrund	24
2.) Der Einfluß der Zahlung auf den Rechtsgrund	28
3.) Exkurs ins Steuerrecht	34
4.) Die Wirkung der Aufrechnungs- erklärung	37

5.)	Aufrechenbarkeit der durch Verwaltungsakt festgestellten, bzw. festzustellenden Aktivforderung	38
6.)	Der Träger öffentlicher Verwaltung als Gläubiger der öffentlichrechtlichen Forderung	41
7.)	Die Aufrechnungserklärung eines Subjektes hoheitlicher Gewalt	44
8.)	Die Zulässigkeit von Aufrechnungsverträgen	48
§ 3	Einschränkungen der Aufrechnung im Verwaltungsrecht	51
1.)	Einleitung	51
2.)	§§ 390, 393, 394 BGB analog	53
3.)	§ 395 BGB	56
4.)	§ 124 AO	62
5.)	Das Verhältnis von § 124 AO und 395 BGB	67

II. Teil

	Die Aufrechnung im Prozeß	69
§ 4	Der Begriff der Aufrechnung im Prozeß	69
§ 5	Die Zulässigkeit des Rechtsweges	70
1.)	Der Begriff der Zulässigkeit des Rechtsweges, bzw. Streitgegenstandes	70
2.)	Die Notwendigkeit einer Sachentscheidung	72
3.)	Die Entscheidung durch das Prozeßgericht	75

4.)	Das Problem der Rechtswegverletzung	.75
a)	Der Vergleich der Aufrechnung mit einer Vorfrage	75
b)	Die Rechtskraft einer Ent- scheidung	76
c)	Die Entscheidung der Aufrechnung mit einer unstreitigen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderung	78
d)	Das anzuwendende Recht	80
e)	Die Entscheidung insbesondere über die Gegenforderung. Damit verbunden: Die Möglichkeit einer Verfahrensaussetzung	80
f)	Die Aussetzung als einzige Lösungsmöglichkeit	88
5.)	Das Urteil	91
§ 6	Die Aufrechnung im Anfechtungsverfahren ..	92

III. Teil

Die Aufrechnung während der Zwangsvoll- streckung, insbesondere im Verwaltungsvoll- streckungsrecht		102
§ 7	Die Aufrechnung im Zwangsvollstreckungs- verfahren	102
§ 8	Die Aufrechnung im Verwaltungsvoll- streckungsrecht	102
1.)	Gesetzliche Regelungen, welche die Aufrechnung ausschließen könnten	103

2.) Der Rechtsschutz des Schuldners in der Zwangsvollstreckung	106
3.) Die Vollstreckungsgegenklage	108
a) Art. 19 ABS. 4 GG und § 173 VwGO.	111
b) Die Präklusionswirkung	115
§ 9 Zusammenfassung	117

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	= anderer Ansicht
a.a.O.	= am angegebenen Ort
Abs.	= Absatz
ADSp.	= Allgemeine Deutsche Spediteur- bedingungen i.d.F.v. November 1939 (RAnz. 1940 N.4)
AKO	= Amtskassenordnung der Reichs- finanzverwaltung v. 12. 3. 1938 (RFBL.S.57)
a. Mg.	= anderer Meinung
Anm.	= Anmerkung
AO	= Reichsabgabenordnung vom 13. 12. 1919 (RGBl. S. 1993) i.d.F.v. 22. 5. 1931 (RGBl. I S. 161)
AÖR	= Archiv des öffentlichen Rechts (bis 26.1910: für öffentliches Recht) (1.1886 ff.)
Art.	= Artikel
Aufl.	= Auflage
AV	= Ausführungsverordnung, Allge- meine Verwaltungsvorschrift, Allgemeine Vorschrift.
AVG	= Angestelltenversicherungsgesetz v. 28. 5. 1924 (RGBl. I S. 563)
Bayr. VGH	= Bayrischer Verwaltungsgerichts- hof

BB	= Der Betriebsberater (1.1946 ff.)
BBahnG	= Bundesbahngesetz v. 13. 12. 1951 (BGBl. I S. 955)
BBG	= Bundesbeamtengesetz v. 14. 7. 1953 (BGBl. I S. 551)
BeitrO	= Beitreibungsordnung vom 23. 6. 1923 (RMBl. S. 595)
BFH	= Bundesfinanzhof
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. I	= Bundesgesetzblatt, Teil I (1951 ff.)
BGBI. II	= Bundesgesetzblatt, Teil II (1951 ff.)
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesge- richtshofs in Zivilsachen (1.1951 ff.)
BKGG	= Bundeskindergeldgesetz vom 14. 4. 1964 (BGBl. I S. 265)
BSHG	= Bundessozialhilfegesetz vom 30. 6. 1961 (BGBl. III Nr. 2170 - 1; SaBl. 1091)
BStBl.	= Bundessteuerblatt (Teil I - III) (1.1951 ff.)
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundes- verfassungsgericht (1.1952 ff.)
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
(B)VwVG	= Verwaltungsvollstreckungsgesetz (des Bundes v. 27. 4. 1953; BGBl. 1953 I S. 157)

- D. = Digesten (Corpus juris civilis, editio stereotypa; Institutionen und Digesten, 1. Band, hrsgg. von Mommsen und Krüger)
- Diss. jur. = juristische Dissertation
- DJE = Deutsche Juristenzeitung (1.1896-41.1936)
- DöD = Der öffentliche Dienst (3.1950,7-4.1951,6: Ausgabe A) Fachzeitschrift für Beamte und Angestellte der Verwaltung (1.1948 ff.)
- DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt (65.1950 ff.; vorher: Dt. Verwaltung; gleichzeitig Fortsetzung von: Reichsverwaltungsblatt)
- Fischers Z = Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung..., hrsgg. von Fischer (ab 21.1900: Fischers Zeitschrift...; ab 56.1924: Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht) (1.1880 - 78.1941)
- GenG = Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften i.d.F.d. Bekanntmachung vom 20. 5. 1898 (RGL. S. 810)
- GewArch. = Gewerbearchiv für das Deutsche Reich (1.1902 - 33.1935; dann Dt. Gewerbe - Archiv)

GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. 5. 1949 (BGBI. S. 1)
ggf.	= gegebenenfalls
GmbHG	= Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20. 4. 1892 (RGBI. S. 477)
Gruchot	= Beiträge zur Erläuterung des (bis 15.1871: preußischen) Deutschen Rechts, begr. von Gruchot (1.1857 - 73.1933)
GS	= Gesetzessammlung
GV.NW.	= Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
HFR	= Höchststrichterliche Finanzrechtsprechung (Publikationsorgan)
h. Mg.	= herrschende Meinung
i.d.F.	= in der Fassung
JBeitrO	= Justizbeitreibungsordnung v. 11. 3. 1937 (RGBI. I S. 298)
JW	= Juristische Wochenschrift (1.1872 - 68. 1939; dann: Deutsches Recht, vereinigt mit Juristische Wochenschrift)
JZ	= Juristen - Zeitung (6.1951 ff.)
KAG	= Kommunalabgabengesetz, von Preußen vom 14. 7. 1893 (GS S. 152)
KG	= Kammergericht

- KO = Konkursordnung vom 10. 2. 1877
(RGBl. S. 351), v. 20. 5. 1898
(RGBl. S. 369, 612)
- KStZ = Kommunale Steuerzeitschrift
(1.1952 ff.)
- KurVO = VO ü.d. Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden vom 2. 11. 1938 (RGBl. I S. 1583)
- LZ = Leipziger Zeitschrift für
Deutsches Recht (bis 7.1913:
für Handels-, Konkurs- und
Versicherungsrecht) (1.1907 -
27.1933)
- MDR = Monatsschrift für Deutsches
Recht (1.1947 ff.)
- Mg. = Meinung
- MittÖffFeuerVers. = Mitteilungen für die öffentlichen
Feuerversicherungs-
anstalten (1.1868/69-56.1924;
dann: Versicherung und Geld-
wirtschaft)
- MSchG = Mieterschutzgesetz i.d.F.v.
15. 12. 1942 (RGBl. I S. 712)
- m.w.N. = mit weiteren Nachweisen
- NJW = Neue Juristische Wochenzeit-
schrift (1.1947/48.ff.)
- NW = Nordrhein - Westfalen
- OGZ = Entscheidungen des Obersten
Gerichts der Deutschen Demo-
kratischen Republik in Zivil-
sachen (1.1951 ff.)

- OLG = Oberlandesgericht
- OLGRspr. = Die Rspr. des Oberlandesgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts; hrsg.v. Mugdan und Falkmann (1.1900 - 46.1928)
- OVG = Oberverwaltungsgericht
- OVG = Entscheidungen des (bis 1918: Kgl.) Preußischen Oberverwaltungsgerichts (1.1877 - 106.1941)
- OVG Mstr./Lü. = Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg (1.1950 ff.)
- PostVerwG = Gesetz über die Verwaltung der Deutschen Bundespost (Postverwaltungsgesetz) v. 24. 7. 1953 (BGBl. I S.676)
- PrVBl. = Preußisches Verwaltungsblatt (1.1879 - 48.1926/27; dann Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt)
- RAnz. = Deutscher Reichs-Anzeiger und (bis 1918: Kgl.) Preußischer Staatsanzeiger (1871 - 1945)

Rechte	= Das Recht, begr. von Soergel (1.1897 - 48.1944; 32.1928 - 37.1933 = Beilage zu: Zentral- blatt für Handelsrecht; ab 39.1935 = Beilage zu: Deutsche Justiz)
RFBl.	= Amtsblatt der Reichsfinanz- verwaltung (1./2. 1919/20 - 27.1945)
RG	= Reichsgericht
RGBl.	= Reichsgesetzblatt (1871 - 1921), dann zerfallen in:
RGBl. I	= Reichsgesetzblatt, Teil I (1922 - 1945)
RGBl. II	= Reichsgesetzblatt, Teil II (1922 - 1945)
RGZ	= Entscheidungen des Reichs- gerichts in Zivilsachen (1.1880 - 172.1945)
RKG	= Reichsknappschaftsgesetz i.d.F.v. 1.7. 1926 (RGBl. I S. 369)
RKO	= Reichskassenordnung vom 6. 8. 1927 (RMBl. S. 357)
RMBl.	= Reichsministerialblatt. Zentralblatt für das Deutsche Reich (51.1923 - 73.1945; vorher: Zentral- blatt für das Deutsche Reich)
Rspr.	= Rechtssprechung

RuPrVBl.	= Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt (49.1927/28 - 54.1933; vorher: Preußisches Verwaltungsblatt, dann: Reichsverwaltungsblatt)
RVO	= Reichsversicherungsordnung v. 19. 7. 1911 (RGBl. S. 509)
RVwBl.	= Reichsverwaltungsblatt (55.1934 - 64. 1943; dann: Deutsches Verwaltungsblatt)
SalzsteuerG	= Salzsteuergesetz i.d.F.d. Bekanntmachung v. 23. 12. 1938
StAnpG	= Steueranpassungsgesetz vom 16. 10. 1934 (RGBl. I S. 925)
str.	= streitig
StuZBl.	= Steuer- und Zollblatt (1.1946 - 4.1949)
u.a.	= und andere
VAG	= Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunter- nehmer und Bausparkassen (Versicherungsaufsichtsgesetz) i.d.F.v. 6. 6. 1931 (RGBl. I S. 315)
VersStG	= Versicherungssteuergesetz i.d.F.v. 9. 7. 1937 (RGBl. I S. 793)
VerwArch.	= Verwaltungsarchiv (1.1893 - 47.1942, 48.1957 ff.)
VG	= Verwaltungsgericht

VGH	= Verwaltungsgerichtshof
vgl.	= vergleich
VRspr.	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (1.1948 ff.)
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. 1. 1960 (BGBl. I S. 17)
VwVG. NW.	= Verwaltungsvollstreckungsgesetz v. 23. 7. 1957 (GV.NW. 1957 S. 216)
wüEVRO	= Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung, Stuttgart 1931, Erg. Band 1936
WürtttJ	= Jahrbücher der württembergi- schen Rechtspflege (1.1888 - 29.1920)
ZDR	= Zeitschrift für Beamtenrecht (ab 7.1935/36: für Beamten- und Behörden-Angestelltenrecht) (1.1929 - 12.1943)
ZBR	= Zeitschrift für Beamtenrecht (1.1953 ff.)
Ziff.	= Ziffer
ZPO	= Zivilprozeßordnungen vom 30. 1. 1877 (RGBl. S. 83)
ZZP	= Zeitschrift für (bis 62.1942: deutschen) Zivilprozeß, begr. von Busch (1.1879 - 63.1943, 64.1950/51 ff.)

Literaturverzeichnis

- Arndt, Gottfried: Vollstreckungsgegenklage
zur Abwehr unzulässiger
Vollstreckung aus
Verwaltungsakten?
MDR 1964, 376 (378)
- Bachof, Otto: Anm. zu dem Urteil des
BGH vom 19. 3. 1953
JZ 1953, 411 (412)
- Baumbach-Lauterbach: Zivilprozeßordnung
28. Auflage
München und Berlin 1965
- Baumgarten, Arthur: Die Wissenschaft vom Recht
und ihre Methode
Tübingen 1922
- Becker, Enno: RAO
2. Auflage
Berlin 1922
- Becker-Riewald-Koch: Reichsabgabenordnung mit
Nebengesetzen
Band I
9. Auflage
Köln 1963

- Behr: Über die Zulässigkeit gegenseitiger Aufrechnungen öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Forderungen
DJZ 1916, Sp. 772 (775)
- Bergmann, Heinrich: Die Auswertungen von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches im Rechtsbereich der Verwaltung
Leipzig 1946
Diss. jur.
- Bettermann, Karl August: Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform
Detmold 1949
- Binding, Karl: Die Normen und ihre Übertretung
Band I
Leipzig 1872
- Brauchitsch, von-Ule: Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder
Band I, 2. Halbband: Verwaltungsgerichtsbarkeit
2. Auflage
Köln 1962

Bürgerliche Gesetz-
buch, Das:
(zit. BGB-RGRK)

Hrsgg. von Reichsgerichts-
räten und Bundesrichtern

Bearbeiter: Robert Fischer,
Otto Löscher, Karl Nastelski,
Günter Wilde

Band I, Teil 2, erschienen
1960

11. Auflage Berlin

Czermak, Fritz:

Zum Rechtsbehelf gegen die
Vollstreckung unanfecht-
barer Verwaltungsakte

DVB. 1963, 23 (24)

Enneccerus-Nipperdey:

Lehrbuch des Bürgerlichen
Rechts

15. Auflage 1. Halbband 1959
2. Halbband 1960

Tübingen

Erman, Walter:

Handkommentar zum Bürger-
lichen Gesetzbuch

1. Band

3. Auflage

Münster 1962

Eyermann-Fröhler:

Verwaltungsgerichtsordnung

4. Auflage

München und Berlin 1965

- Fleiner, Fritz: Institutionen des Deutschen
Verwaltungsrechts
8. Auflage
Tübingen 1928
- Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts
Allgemeiner Teil
9. Auflage
München und Berlin 1966
- Friedrichs, Karl: Verwaltungsrechtspflege I
Berlin 1920
- Gehe, von: Zur Frage der Anwendung der
sogenannten Privatrechtstitel
im öffentlichen Recht
Fischers Z 34 (1908), 134 (183)
- Goez, Karl: Die Verwaltungsrechtspflege
in Württemberg
Tübingen und Leipzig 1902
- Graf: Können privatrechtliche
Forderungen mit solchen des
öffentlichen Rechts aufgerech-
net werden?
WürttJ 24, 374
zitiert nach: von Löbbecke
- Groß und Kreiling: Wiederum: Zur Zulässigkeit der
Vollstreckungsgegenklage im
Verwaltungszwangsverfahren
DVBl. 1963, 393 (395)
- Groß und Kreiling: Der Rechtsschutz gegen die
Vollstreckung aus Verwaltungs-
akten nach Wegfall der
Leistungspflicht
JZ 1965, 754 (756)

- Hartmann: Können die bürgerlichen Gerichte über öffentlich-rechtliche Gegenforderungen entscheiden?
DJZ 1912, 1519
- Hartmann: Können öffentlichrechtliche und privatrechtliche Forderungen gegeneinander aufgerechnet werden?
LZ 1915, Sp. 1295 (1298)
- Hartmann: Über die Zulässigkeit gegenseitiger Aufrechnung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Forderungen
VerwArch. 25 (1917), 389 (409)
- Hatschek-Kurtzig: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts
7. Auflage Leipzig 1931
- Haueisen: Die Rechtsgrundlage der Vollstreckung des Verwaltungsaktes
NJW 1956, 1457 (1460)
- Heck, Philipp: Das Problem der Rechtsgewinnung
Tübingen 1932
- Hecker, Hellmuth: Aufrechnung zivilrechtlicher und öffentlichrechtlicher Forderungen vor den Verwaltungsgerichten
DÖV 1952, 7 (11)

- Heine: Aufrechnung öffentlichrechtlicher Forderungen gegeneinander
Gruchot 62 (1918), 212 (229)
- Helmert, Otto: Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen
Berlin 1961
- Herrmann: Öffentliches Recht und bürgerliches Recht
DJZ 1927, Sp. 879 (880)
- Hillebrand, Karl: Das Kassenwesen
Köln 1959
- Hipp, Wolfgang: Die Aufrechnung im öffentlichen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Frage nach der Zulässigkeit gegenseitiger Aufrechnung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Forderungen
Hamburg 1935
Diss. jur.
- Hötte-Markus: Die neue Kassen- und Rechnungstechnik
Stuttgart und Berlin 1942
- Hübschmann-Hepp-Spitaler: AO, Kommentar, Loseblattausgabe §§ 112 - 159
bearbeitet von von Wallis
1. - 5. Auflage
(ab 1953, Stand Mai 1966)
Köln

- Jehle, Otto: Fürsorgerecht
München und Berlin 1950
- Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte
2. Auflage
Tübingen 1905
- Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht
3. Auflage
Offenburg 1948 - 1950
- Josef, Eugen: Aufrechnung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Forderungen gegeneinander
VerwArch. 22 (1914), 369 (382)
- Josef, Eugen: Gesetzwidrige Einziehung von Abgaben in ihrer Einwirkung auf die Zulässigkeit des Rechtsweges sowie die Aufrechnung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Forderungen gegeneinander
VerwArch. 24 (1916), 324 (341)
- Josef, Eugen: Die Aufrechnung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Forderungen mit besonderer Berücksichtigung der Versicherungsbeiträge bei den öffentlichen Anstalten
MittÖffFeuerVers. 1919, 112, 138

- Kelsen, Hans: Allgemeine Staatslehre
Berlin 1925
- Kirchner, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der
Rechtssprache
Berlin 1957
- Klug, Ulrich: Juristische Logik
3. Auflage
Berlin und Heidelberg 1966
- Koehler, Alexander: Verwaltungsgerichtsordnung
Berlin 1960
- Kohler, J.: Kompensation und Prozeß
ZZP 20 (1894), 1 (74)
- Kormann: Grundzüge eines allgemei-
nen Teils des öffentlichen
Rechts
Hirths Ann. 1911, 850 (922)
und 1912, 36 ff.
- Kreiling, Harald: Rechtsbehelfe gegen Beitrei-
bungsmaßnahmen im Verwal-
tungsvollstreckungsrecht
NJW 1963, 888
- Lang: Das Aufrechnungsverbot nach
der Reichsabgabenordnung
JW 1921, 549 (551)
- Lent - Jauernig: Zivilprozeßrecht
12. Auflage
München und Berlin 1965

- Lerche, Peter: Die verwaltungsgerichtliche
Klage aus öffentlichrecht-
lichen Verträgen
Staatsbürger und Staats-
gewalt
Band II, S. 59 (90)
Karlsruhe 1963
- Löbbecke, Wolf von: Die Aufrechnung im öffent-
lichen Recht
Göttingen 1935
Diss. jur.
- Löwenberg, Bernward: Die Geltendmachung von
Geldforderungen im Verwal-
tungsrecht
Münster 1967
Diss. jur.
- Lucas, Hermann: Über die Aufrechnung
(als Anmerkung ohne Titel)
JW 1929, 1649 (1651)
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht
Band I
3. Auflage
München und Leipzig 1924
- Meier-Brancke, H.: Die Anwendbarkeit privat-
rechtlicher Normen im
Verwaltungsrecht
AöR 11 N.F. (1926), 230
(286)

- Menger, Christian-Friedrich: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes
Tübingen 1954
- Menger, Christian-F.: Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht
VerwArch. 52 (1961), 196 (211)
- Merk, Wilhelm: Steuerschuldrecht
Tübingen 1926
- Mrozek-Arlt: Handbuch des Steuerrechts
Band I, Kommentar zur RAO
3. Auflage
Köln 1924
- Mühl: Die Wirkung der Aufrechnung mit öffentlichrechtlichen Gegenforderungen im Zivilprozeß
NJW 1955, 1461 (1463)
- Nebinger, Robert: Verwaltungsrecht
Allgemeiner Teil
2. Auflage
Stuttgart 1946
- Oertmann, Paul: Die Aufrechnung im deutschen Zivilprozeßrecht
Berlin 1916
- Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch mit...
25. Auflage
München und Berlin 1966

- Redlich: Die Rechtskraft der Ent-
scheidung über die Gegen-
forderung im Falle der
Aufrechnung
ZZP 25 (1899), 357 (404)
- Renck, Ludwig: Die Rechtsmittel gegen
Verwaltungsvollstreckungs-
maßnahmen
NJW 1964, 848
- Rosenberg, Leo: Lehrbuch des Deutschen
Zivilprozeßrechts
9. Auflage
München und Berlin 1961
- Rupp, Hans: Zur neuen Verwaltungsgerichts-
ordnung: Gelöste und unge-
löste Probleme
IV 1 : Vollstreckung aus
Verwaltungsakten
AÖR 85 (1960), 320 (324)
- Rupp, Hans: Anmerkung zu OVG Münster,
Urteil vom 30. 9. 1964 in
DÖV 1965, 425
JZ 1965, 370 (371)
- Rupp, Hans: Schlußwort zu "Der Rechts-
schutz gegen die Voll-
streckung aus Verwaltungs-
akten nach Wegfall der
Leistungspflicht"
von Groß und Kreiling
JZ 1965, 756

- Sandt, Theodor von de: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Britischen Zone nach der VO Nr. 165
Münster 1949
- Schack, Friedrich: Analogie und Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken bei der Ausfüllung von Lücken in den Normen des Verwaltungsrechts
Festschrift für Rudolf Laun
Hamburg 1948
- Schantz, Arno: Das subjektive Recht als Bestandteil des allgemeinen Teils der Rechtsordnung
Berlin 1931
- Schneider, Franz: Das Abgabengewaltverhältnis
Tübingen 1918
- Schüle, Adolf: Treu und Glauben
VerwArch. 38 (1933), 404 (436)
- Schultzenstein: Zur Aufrechnung im preußischen Verwaltungsstreitverfahren
VerwArch. 26 (1918), 466 (475)
In VerwArch. 26, 466 fälschlich Heine als Autor angegeben.

- Schumann, Herbert: Können privatrechtliche und öffentlichrechtliche Forderungen gegeneinander aufgerechnet werden?
Heidelberg 1917
Diss. jur.
- Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch
I. Band, §§ 1 - 432
9. Auflage (Stand 1. Juni 1959)
Stuttgart 1959 - 1963
- Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
2. Band 1. Teil Recht der Schuldverhältnisse
(Bearbeiter Weber)
10. Auflage
Berlin 1940 - 1941
- Stein, Walter: Die Anfechtung von verwaltungsrechtlichen Vollstreckungsmaßnahmen
NJW 1963, 185 (189)
- Stein-Jonas-Schönke: Kommentar zur Zivilprozeßordnung
(Loseblattausgabe)
17. Auflage 1949 (mit Auflage im Text zitiert)
18. Auflage
Tübingen 1952 - 1953

- Stern, Klaus: Zur Grundlegung einer Lehre
des öffentlichrechtlichen
Vertrages
VerwArch. 49 (1958), 106 (157)
- Stölzel, Otto: Rechtsweg und Kompetenz-
konflikt in Preußen
Berlin 1901
- Surén, Friedrich-Karl: Gemeindeabgabenrecht
Köln, Berlin 1950
- Sussmann, Julius: Die Aufrechnung im öffent-
lichen Recht, namentlich
ihre Berücksichtigung im
Prozeß
Heidelberg 1934
Diss. jur.
- Tezner, Friedrich: Die Privatrechtstitel im
öffentlichen Recht
AöR 9 (1894), 325 (388)
- Turegg-Kraus: Lehrbuch des Verwaltungs-
rechts
4. Auflage
Berlin 1962
- Ule, Carl Hermann: Verwaltungsprozeßrecht
3. Auflage
München und Berlin 1963
- Weigelin, Ernst: Das Recht zur Aufrechnung
als Pfandrecht an der
eigenen Schuld
Hannover 1904

- Wieczorek, Bernhard: Zivilprozeßordnung und
Gerichtsverfassungsgesetz
(Handausgabe)
Berlin 1960
- Winkler: Aufrechnung durch Behörden
DJZ 1933, Sp. 1282 (1284)
- Wolff, Hans J.: Verwaltungsrecht I
3. Auflage 1959
6. Auflage 1965
München und Berlin
- Verwaltungsrecht II
München und Berlin 1962
- Zacke, F.: Aufrechnung von Forderungen
an öffentlichen Kassen
RuPrVBl. 52 (1931), 988

I. Teil

Die Aufrechnung außerhalb des Prozesses

§ 1 Die analoge Anwendung der §§ 387 ff. BGB im Verwaltungsrecht

1.) Die Analogie von Privatrecht oder die Anwen- dung allgemeiner Rechtsgedanken als geeignete Methode zur Lückenschließung im öffentlichen Recht

Unter der Aufrechnung, wie sie im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt ist, verstehen wir die wechselseitige Tilgung zweier gleichartiger Forderungen durch einseitige Erklärung eines der Beteiligten (1).

Das Verwaltungsrecht kennt ebenfalls Vorschriften, welche die Aufrechnung erwähnen (2). Danach ist anzunehmen, daß die Aufrechnung dem Verwaltungsrecht nicht fremd ist (3). Jedoch enthalten diese Bestimmungen keine den §§ 387 ff. BGB vergleichbare Regelung über die Voraussetzungen und die

1) Erman, vor § 387 Nr. 1

2) Z.B. die §§ 223, 622 RVO, § 78 AVG, § 90 RKG, § 124 AO u.a. Sie werden unten ausführlicher behandelt unter § 3 "Einschränkungen der Aufrechnung im Verwaltungsrecht".

3) Einschränkend Weigelin, S. 115; Goetz, S. 17. Vgl. Anm. 13, nach denen bei fehlender, die Aufrechnung anordnender Gesetzesvorschrift die Aufrechnung im öffentlichen Recht unzulässig sei. Eine andere Ansicht besagt, daß - hätte der Gesetzgeber die analoge Anwendung vermeiden wollen - ein gesetzliches Aufrechnungsverbot zu erwarten gewesen wäre, so Josef VerwArch. 24,335 = PrVBl. 42,88; Behr DJZ 1916, Spalte 773.

Wirkung des Aufrechnungsvollzugs (4), scheinen eine solche vielmehr vorauszusetzen. Es ist noch immer streitig, wie diese Lücke im Verwaltungsrecht zu schließen ist, ggf. welche Vorschriften dafür zur Anwendung zu kommen haben.

Diese Lücke im Gesetz sinngemäß zu ergänzen, bieten sich insbesondere drei Möglichkeiten an (5): Die §§ 387 ff. BGB als Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken unmittelbar oder als einzige dafür geeignete Regelung analog oder sie nur teilweise anzuwenden. (6)

-
- 4) Selbst in der ausführlichen Regelung der §§ 32 - 34 BeitrO finden sich verstreut in den umfangreichen Bestimmungen nur vereinzelte Vorschriften, die sich mit der Aufrechnung im BGB vergleichen lassen, z.B. § 34 Abs. 1 Satz 1 BeitrO mit § 389 BGB. Deshalb wird auch für die Aufrechnung im Steuerrecht bürgerliches Recht (direkt) angewendet - so BFH BStBl.III 1954, S.26, S. 291, 1955, S.32 -, bzw. neuerdings "sinngemäß", d.h. analog - so BFH BStBl. III 1963, S. 247. § 53 AKO setzt ebenfalls eine Regelung der Aufrechnung voraus.
 - 5) Auf diese drei Möglichkeiten, die unter dem Begriff der "sinngemäßen Gebotsergänzung" zusammengefaßt werden und welche Methode von der h.Mg. anerkannt wird - dazu Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung -, soll die Untersuchung beschränkt werden.
 - 6) Anfänglich, insbesondere vor der klaren Unterscheidung von bürgerlichem und privatem Recht, vgl. RGZ 93, 310, ist bürgerliches Recht direkt angewendet worden, später galt die Analogie als eine Art Gewohnheitsrecht, bis das Reichsgericht zur Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken überging, vgl. bergmann, Die Auswertung von Vorschriften des BGB im Rechtsbereich der Verwaltung. Vgl. S.5.

Von einer analogen Anwendung eines Rechtssatzes wird gesprochen, wenn die geschriebene Regelung eines Tatbestandes auf einen anderen ihm ähnlichen übertragen wird (7). Die Anwendung der Aufrechnung als allgemeiner Rechtsgedanke bedeutet, daß die Aufrechnung als Institution des allgemeinen Teiles des Rechts angesehen und als solche im Verwaltungsrecht ungeschrieben gilt (8).

Der Analogie ist gegenüber der Anwendung des allgemeinen Rechtsgedankens methodisch der Vorzug zu geben (9). Es ist schwieriger, aus den an einem Rechtssatz gemessen nicht genügend sinnbestimmten allgemeinen Rechtsgedanken einen Rechtssatz zu formulieren als sich dabei einer (bewährten) gesetzlichen Regelung zu bedienen. Nur wenn die vorhandene gesetzliche Regelung die Lücke nicht schließen kann, - etwa weil sie selbst lückenhaft ist oder weil die Interessenlagen voneinander abweichen -, käme die Formulierung und Anwendung eines

7) Enneccerus - Nipperdey § 58 II 1; von dieser sog. Gesetzesanalogie, welche den einzelnen Rechtssatz überträgt, wird die Rechtsanalogie unterschieden. Sie unterscheidet sich methodisch nicht von der Gesetzesanalogie. Es kann verzichtet werden auf sie einzugehen, weil die analoge Anwendung der einzelnen Vorschriften der Aufrechnung der Gesetzesanalogie entspricht. Menger, System, S. 68 ff.

8) von Löbbecke, Untertitel "Die Aufrechnung, ein Begriff des allgemeinen Teils des Rechts", S. 20 ff.; Hipp, S. 24 f.; Schack, Festschrift für Laun, S. 275; Schüle VerwArch. 38, 405 ff.; auch Forsthoff, S. 258.

9) Wolff I § 44 II b (S. 252), § 25 I c (S. 103), Schack und Hipp, vgl. Anm. 8); a.A. von Löbbecke, S. 20 ff.

allgemeinen Rechtsgedankens in Betracht (10). Entsprechendes gilt für die teilweise Anwendung eines allgemeinen Rechtsgedankens und einer geschriebenen Regelung. Vermag die letztere die vorhandenen Gesetzeslücken nicht gänzlich zu schließen, so sind ergänzend die geeigneten allgemeinen Rechtsgedanken heranzuziehen.

Wollten wir die Aufrechnung als allgemeinen Rechtsgedanken anwenden, käme als Anhaltspunkt für einen allgemeinen Rechtsgedanken zunächst die Regelung des BGB in Betracht. Wir hätten davon auszugehen, daß der allgemeine Rechtsgedanke der Aufrechnung in den §§ 387 ff. BGB seine Ausprägung erfahren hat und würden ihn herauslösen. Inhaltlich würde sich bei diesem Vorgehen (11) zur Methode der Analogie kein Unterschied ergeben (12). Auch bei der Analogie wird der Rechtsgedanke herausgelöst, indem aus den wesentlichen Gemeinsamkeiten der zu vergleichenden Sachverhalte unter Anlehnung an die ursprüngliche Formulierung des bereits vorhandenen Rechtssatzes der Tatbestand des analog anzuwendenden Rechtssatzes gebildet und wegen der kongruenten Interessenlage eine gleiche Rechtsfolge gesetzt wird.

10) insbesondere Wolff I § 44 II b (S. 252)

11) Es muß betont werden, daß diese Folgerung nicht grundsätzlich für die Analogie und den allgemeinen Rechtsgedanken, sondern nur unter den angeführten Bedingungen zu gelten hat. Zur Abgrenzung zwischen der Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze und der Analogie vgl. Menger, System, S. 72 ff.

12) Die Ausführungen von von Löbbecke, vgl. Anm. 8) und 9), sind ebenso gut denkbar für die Durchführung der Analogie.

Es ist deshalb vereinfachend zu sagen, daß bei der Analogie die für eine bestimmte Summe rechtsfolgebefördernder Tatbestandsmomente gegebene Regel auf einen anderen, modifizierten Tatbestand übertragen wird. Dieser "ähnliche" Tatbestand ist zunächst nicht vorhanden, sondern wird erst gebildet. Er ist Teil des analog anzuwendenden Rechtssatzes, welcher sich inhaltlich von der ursprünglichen Formulierung unterscheidet. Daß ein "neuer" Rechtssatz (12a) gebildet wird, ist schon deshalb erforderlich, weil eine Lücke im Verwaltungsrecht zu schließen ist. Der analog anzuwendende Rechtssatz unterscheidet sich also auch im Rechtscharakter.

Die Analogie setzt voraus, daß Sachverhalte, deren Beurteilung einmal nach privatem und zum anderen nach öffentlichem Recht in Rede steht, miteinander verglichen werden können. Hiergegen richtet sich eine insbesondere von Otto Mayer (13) beeinflusste Ansicht, daß im Bereich des öffentlichen Rechts bürgerlichrechtliche Vorschriften nicht zur Anwendung kommen könnten. Es wird speziell darauf hingewiesen, daß das Zivilrecht eine andere Rechtsart als das öffentliche Recht sei, wo alle Einzelheiten nach dem Gesichtspunkt der Beteiligung der öffentlichen Gewalt und der Ungleichheit der Rechtssubjekte sich gestalten müßten, weshalb ein öffentliches Rechtsverhältnis trotz seiner äußeren Übereinstimmung mit seinem zivilrechtlichen Urbilde niemals etwas ihm "Rechtsähnliches" sein könne. Eine ähnlich strenge

12a) a.A. offenbar Menger, System, S. 70

13) Otto Mayer § 11 II (S. 117 f.); Jellinek, S. 64; Tezner AÖR 9, 565; Goez, S. 149

Auffassung vertritt Goetz (14), der die Ergänzung von Lücken des öffentlichen Rechts aus gleichartigen Vorschriften derselben Rechtsordnung fordert und eine analoge Anwendung privatrechtlicher Normen nur dann für zulässig erachtet, wenn das öffentliche Recht selbst auf das Privatrecht verweist.

Diese Ansicht darf heute als überwunden gelten. Sie beruhte auf der Annahme eines allgemeinen Gewaltverhältnisses zwischen staatlicher Verwaltung und Zivilperson (15) und berücksichtigte nicht, daß der Staat und der Bürger auch auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts auf gleicher Stufe stehen können (16). Ein letztes Bedenken gegen einen Vergleich könnte auch darin gefunden werden, daß das öffentliche Recht als ein Sonderrecht gilt (17), d.h. eine von der allgemeinen Regel abweichende Rechtslage für besondere Klassen von Personen, Sachen oder Verhältnissen schafft (18). Wenn es deshalb als singulares Recht bezeichnet werden könnte, welches im Regel-Ausnahme-Verhältnis steht, wäre eine Analogie unzulässig (19). Jedoch ist das öffentliche Recht als Sonderrecht ebenso wie das private Recht vom Allgemeinen zum Besonderen konstruiert; so daß

14) vgl. Anm. 13

15) Löwenberg, S. 88

16) Löwenberg, S. 52 ff.

17) Wolff I § 22 III a (S. 88)

18) Enneccerus-Nipperdey § 48 II

19) Enneccerus-Nipperdey a.a.O.; a.A. Klug, S. 104, dort näher zur Analogie

ein Vergleich der in ihrer Klassifizierung auf der gleichen Stufe liegenden Rechtsverhältnisse nicht gegen das Gebot der Analogie verstößt, Ähnliches miteinander zu vergleichen und im Einzelfall einen Schluß vom Besonderen aufs Besondere vorzunehmen.

2.) Die Lücke im Verwaltungsrecht

Der Sachverhalt, welcher für eine analog den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu erfolgende Beurteilung durch das öffentliche Recht in Frage kommt, soll die Aufrechnung von zwei Forderungen umfassen, von denen wenigstens eine dem öffentlichen Recht angehört. Es wird also ein Sachverhalt untersucht, welcher sich nicht unter das BGB subsumieren läßt.

Die vorläufige Abgrenzung dieses Sachverhalts - ohne eine endgültige Entscheidung darüber zu treffen, ob er im Ergebnis der Beurteilung des öffentlichen Rechts unterliegt - ist zur Bildung des Verwaltungsrechtssatzes, d.h. zur Durchführung der Analogie erforderlich. Denn dabei werden die dem Privatrecht zu Grunde liegenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse mit denen verglichen, für deren Beurteilung das Verwaltungsrecht in Frage kommt. Der Abgrenzung der Lücke im Verwaltungsrecht und der Formulierung der analog anzuwendenden Rechtssätze geht die Bedarfsprüfung voraus.

Bezeichnet man eine Forderung als dem öffentlichen Recht zugehörig, wenn sie sich aus einem Rechtssatz ergibt, dessen Zuordnungssubjekt ausschließlich

ein Subjekt hoheitlicher Verwaltung, insbesondere ein Träger öffentlicher Verwaltung ist, d.h. notwendig solche nur verpflichtet oder berechtigt (20), dann sind die im folgenden genannten Aufrechnungslagen (21) denkbar. Hierbei wird die Forderung, mit welcher aufgerechnet wird, als die Aktiv- und diejenige, gegen welche aufgerechnet wird, als die Passivforderung bezeichnet.

a) Die Passivforderung steht einem Privaten zu, verpflichtet aber notwendig einen Träger öffentlicher Verwaltung.

Zwei Aufrechnungslagen sind denkbar: Ein Verwaltungsträger rechnet mit einem dem öffentlichen Recht oder mit einem dem privaten Recht angehörenden Anspruch auf.

b) Die Passivforderung steht notwendig einem Träger öffentlicher Verwaltung zu.

-
- 20) Wolff I § 22 (S. 86 ff.); die Meinung von Wolff wird für diese Untersuchung zugrunde gelegt; ihr ist gegenüber der als h.Mg. zu bezeichnenden Subjektions- oder Mehrwerttheorie - vgl. Wolff I § 22 II a 7 (S. 86) - der Vorzug zu geben. Ebenfalls werden die Begriffe öffentliches Recht und Verwaltungsrecht als Teil des öffentlichen Rechts im Sinne des Lehrbuchs von Wolff gebraucht.
- 21) Der Begriff "Aufrechnungslage" weicht von dem in der Literatur gebrauchten Begriff insoweit unerheblich ab, als dort die einander gegenüberstehenden Forderungen noch vor der Aufrechnungserklärung gemeint sind, also von einer Passiv- (auch: Haupt-), bzw. Aktiv- (auch: Gegen-) Forderung genau genommen noch nicht gesprochen werden kann. Der hier verwendete Begriff wird ohne weiteres aus dem Zusammenhang deutlich.

Vier Aufrechnungslagen sind denkbar: Die Gegenforderung kann entweder dem privaten oder dem öffentlichen Recht angehören und ebenso von einem Subjekt hoheitlicher Gewalt wie von einem Privaten geltend gemacht werden.

c) Die Passivforderung gehört dem privaten Recht an, sie steht einem Privatmann zu. Hiergegen kommt nur die Aufrechnung mit einer öffentlichrechtlichen Forderung in Betracht, die einem Träger öffentlicher Verwaltung zusteht.

d) Die Passivforderung gehört dem privaten Recht an. Sie steht einem Träger öffentlicher Verwaltung zu.

Sowohl ein Träger öffentlicher Verwaltung als auch ein Privatmann kann mit einem öffentlichrechtlichen Anspruch aufrechnen. Zwei Aufrechnungslagen sind denkbar.

Es sind also neun Aufrechnungslagen denkbar (22). Diese zerfallen in zwei Hauptgruppen: Zwei öffentlichrechtliche Forderungen stehen sich gegenüber, jeweils eine öffentlichrechtliche und eine privatrechtliche Forderung stehen sich gegenüber (23).

3.) Die Aufrechnung von zwei öffentlichrechtlichen Forderungen

Der vermittelt der Analogie anzuwendende Rechtssatz des BGB soll eine Lücke im öffentlichen Recht

22) Von Löffbecke untersucht sechs, Hipp vier Aufrechnungslagen, wobei beide dieselben Unterscheidungsmerkmale wie hier gebrauchen.

23) Ähnlich Sussmann in seiner Gliederung

schließen, deshalb auch diesem angehören. Ob die hier zu prüfende analoge Anwendung der privatrechtlichen Aufrechnungsvorschriften auf die Aufrechnung von zwei öffentlichrechtlichen Forderungen dem öffentlichen Recht unterliegt, ist bislang eine nicht bestätigte Annahme. Sie hat allerdings für sich, daß die §§ 387 ff. BGB nicht unmittelbar passen, deshalb notwendig ein Analogieschluß zu ziehen ist. Denkbar wäre jedoch, daß der hier zu beurteilende Aufrechnungsvorgang zwar analog den genannten Vorschriften, allerdings nach BGB direkt zu beurteilen ist. Für die Annahme von öffentlichem Recht spricht auch, daß es sich bei den zwei öffentlichrechtlichen Forderungen um öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse handelt. Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß der Rechtscharakter der Aufrechnung selbst privatrechtlich ist (24). Es läßt sich nicht einmal sagen, daß es sich um einen öffentlichrechtlichen Sachverhalt handelt. Denn der Rechtscharakter eines Sachverhalts beurteilt sich nach dem darauf zur Anwendung kommenden Rechtsatz. Deshalb soll die analoge Anwendung der §§ 387 ff. BGB auf den Aufrechnungsvorgang unabhängig davon erörtert werden, ob diese Vorschriften der Rechtsordnung des privaten oder des öffentlichen Rechts zuzuordnen sind.

Der Ausgangsfall ist gegeben, wenn sich zwei öffentlichrechtliche Forderungen gegenüberstehen,

24) Einen Hinweis geben die Meinungen, welche bürgerliches Recht direkt anwenden wollen, vgl. Anm. 4 und 6.

deren Zuordnungssubjekte notwendig Subjekte hoheitlicher Gewalt sind. Den Anknüpfungspunkt für einen Vergleich bildet im BGB die privatrechtliche Forderung. Der Begriff der privatrechtlichen Forderung ist am zutreffendsten definiert als das aus einem privatrechtlichen Schuldverhältnis hervorgehende Recht auf die Leistung (25). Für das öffentliche Recht ist die Forderung ebenfalls als das aus einem Schuldverhältnis erwachsende Recht angesehen worden. Das ergibt sich aus den Art. 188 Abs. 1 und 2, 189 Abs. 1 WüEVRO, welcher die bürgerlichrechtlichen Vorschriften der Aufrechnung nur auf Schuldverhältnisse anwenden und diejenigen Verpflichtungen ausnehmen wollte, die dem Einzelnen auf Grund einer Rechtsvorschrift oder eines Verwaltungsaktes gegenüber der öffentlichen Gewalt obliegen. Würde man der Ansicht des Entwurfs folgen, dann wäre die Aufrechnung für die meisten der in der Praxis vorkommenden, auf dem Gesetz oder Verwaltungsakt beruhenden Forderungen (26) ausgeschlossen.

Die Entscheidung, ob und inwieweit die privatrechtliche und öffentlichrechtliche Forderung für eine analoge Anwendung der Aufrechnungsvorschriften des BGB rechtsähnlich sind, hängt davon ab, ob man den verschiedenen Rechtsgrund als wesentlich ansehen will. Unabhängig davon, ob der Rechtsgrund der Forderung in einem Rechtssatz des bürgerlichen oder des Verwaltungsrechts zu finden ist, beschränkt sich das Rechtsverhältnis der Beteiligten auf die

25) Staudinger-Weber, Einleitung 39

26) vgl. S. 24

im Rechtssatz festgelegten Rechte und Pflichten. In diesem Forderungsverhältnis stehen sich die Beteiligten gleichberechtigt gegenüber. Mit dem Erbringen der Leistung erschöpft sich das Forderungsverhältnis. Für das Gebiet der Aufrechnung ist die Forderung des analog anzuwendenden Rechtssatzes als das Recht auf die Leistung anzusehen. Es ist letztlich eine Frage der Zweckmäßigkeit (27) (28), ob man den Rechtsgrund als integrierenden Bestandteil ansehen will.

Soweit der die öffentlichrechtliche Forderung aussprechende Rechtssatz weitere Bestimmungen enthält, die ein Gewaltverhältnis begründen, wird das Forderungsverhältnis selbst davon nicht berührt. Ein Gewaltverhältnis tritt als weiteres Merkmal zu den rechtlichen Beziehungen der Beteiligten (29).

-
- 27) Die Analogie unterliegt bei der Bildung des Ähnlichkeitskreises der teleologischen Bindung, vgl. Klug, S. 128; Schack, S. 279.
 - 28) Josef VerwArch. 22,389 hat Bedenken gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung. Für sie sprechen nach seiner Ansicht nur praktische Gründe.
 - 29) Wegen des Verwaltungszwangsverfahrens, das einem Subjekt hoheitlicher Gewalt zustehe, die Analogie verneinend: Hartmann DJZ 1912, 1519; Fleiner, S. 436 (wegen § 124 AO keine Geltung mehr des privilegium fisci, welches die Aufrechnung ausschloß; außerhalb dieses Bereiches soll die Aufrechnung ausgeschlossen bleiben; die 7. Aufl., S. 406, noch etwas abweichend); a.A., d.h. für die Analogie trotz dieser Bedenken: Heine Gruchot 62,223; Schumann, S. 55; Sussmann, S. 12; Schneider, S. 48.

Für den Ausgangsfall der Aufrechnung von zwei öffentlichrechtlichen Forderungen, deren Inhaber Subjekte hoheitlicher Gewalt sind, hat es in der Literatur kaum Stimmen gegeben, welche die Aufrechnung ablehnen. Insbesondere wurde für die Zulässigkeit in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß sich zwei gleichberechtigte Forderungsinhaber gegenüber stünden.

Legt man den Rechtscharakter der Forderung zu Grunde, so liegt es nahe, die Rechtsähnlichkeit von privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Forderungen auch dann anzunehmen, wenn der Inhaber der öffentlichrechtlichen Forderung statt eines Trägers öffentlicher Verwaltung eine Privatperson ist. Diese systematische Folgerung ist in der Literatur nicht gezogen worden. Der öffentlichrechtliche Anspruch einer Privatperson wird nicht anders behandelt als der privatrechtliche Anspruch eines Privaten. Die in diesem Zusammenhang verwendeten Argumente sind deshalb hier zu behandeln. Die Aufrechnung mit der Forderung eines Privaten gegen eine öffentlichrechtliche Forderung ist unter anderem wegen des überwiegenden öffentlichen Interesses (30) einer Forderung eines Subjektes hoheitlicher Gewalt, wegen fehlender Gleichartigkeit (31) (32) ,

-
- 30) Die Aufrechnung wegen des überwiegenden öffentlichen Interesses ablehnend; Hartmann DJZ 1912, 1519; ders. VerwArch. 25,389 ff.; Herrmann DJZ 1927, 880; Tezner AöR 9,520 ff. (öffentlichrechtliche Pflichten absolut); a.A.: Heine Gruchot 62,223; grundlegend: Kelsen, S. 81; Binding, S. 144; Baumgarten, S. 1.
- 31) Nicht zu verwechseln mit der Gleichartigkeit des Leistungsgegenstandes. Diese ist gegeben durch die "physische Gleichartigkeit der zu erbringenden Leistungen in ihrer äußeren Erscheinungsform", vgl. BGHZ 16,124.
- 32) Deshalb die Aufrechnung ablehnend; Tezner AöR 9,563; Hartmann VerwArch. 25,398 (Forts.)

insbesondere Gleichwertigkeit (33) der beteiligten Forderungen abgelehnt worden. Diese Bedenken zielen auf die Ungleichheit der beteiligten Forderungsinhaber ab (34). Wenn wir eingangs die Forderung als das Recht auf die Leistung definiert haben, so bedeutete das nicht nur den Verzicht auf ein Schuldverhältnis als Rechtsgrund, sondern auch die Außerachtlassung der Verschiedenartigkeit der Forderungsinhaber als Rechtsperson. Die weitaus h.Mg. hat sich - insbesondere für den Fall zweier öffentlich-rechtlicher Forderungen ohne Unterschied, ob diese einem Privaten oder einem Subjekt hoheitlicher Gewalt zustehen - dafür entschieden, nur auf die Forderung selbst und nicht auf deren Inhaber abzustellen. Durch die Feststellung der Rechtsähnlichkeit der privatrechtlichen und der öffentlichrechtlichen Forderung läßt sich entsprechend der sprachlichen Formulierung des Tatbestandes der Aufrechnung im Privatrecht der Tatbestand der Aufrechnung von zwei öffentlichrechtlichen Forderungen bilden.

(incommensurabel); von Gehe Fischers Z 34, 134 ff.; Goez, S. 149 f.; Kormann Hirths Ann. 44, 916.

Dagegen, d.h. Gleichartigkeit bejahend:

Schultzenstein VerwArch. 26, 469; Graf WürttJ 24, 380; Schumann, S. 45; Meier-Brancke, S. 277; Schantz, S. 31; Josef VerwArch. 22, 381; 24, 341; Sussmann, S. 10; Merk, S. 140; Fleiner, S. 59; Winkler DJZ 1933, Sp. 1283.

- 33) Deshalb die Aufrechnung ablehnend: Hartmann LZ 9, 296; Tezner AöR 9, 520 ff.; a.A.: Behr DJZ 1916, 774; Heine Gruchot 62, 223; Josef VerwArch. 24, 335.

- 34) so insbesondere Hipp, S. 36

Inhaltlich ist das Merkmal Forderung, welches sich im Privatrechtssatz nur auf die privatrechtlichen Forderungen bezieht, ausgedehnt worden, so daß es nun auch öffentlichrechtliche Forderungen umfaßt.

Der Zweckgedanke der Aufrechnung im BGB, auf welchen sich die Rechtsfolge beruft, beruht auf dem Grundsatz D.44.4.8, pr.: "Dolo facit, qui petit, quod redditurus est" (35). In seiner Ausprägung für die Aufrechnung will er den umständlichen Austausch von Zahlungen vermeiden, wenn eine wirtschaftliche Änderung dadurch nicht herbeigeführt wird. Er paßt auch dann, wenn eine öffentlichrechtliche Forderung beteiligt ist (36). Die Interessenlage ist im öffentlichrechtlichen Zahlungsverkehr die gleiche wie im privatrechtlichen (37).

Wir haben damit die analoge Anwendung der §§ 387 ff. BGB auf die Aufrechnung von zwei öffentlichrechtlichen Forderungen bejaht.

Nunmehr läßt sich auch beantworten, ob die §§ 387 ff. BGB als öffentliches oder privates Recht zur Anwendung gelangen. Der Begriff der Forderung als das Recht auf die Leistung wurde im Hinblick auf die öffentlichrechtliche Forderung entwickelt. Er bestimmt den Rechtscharakter der anzuwendenden Vorschriften als öffentlichrechtlich. Mithin konnte eine Lücke im öffentlichen Recht geschlossen werden.

35) Hipp, S. 11; Schultzenstein VerwArch. 26, 468

36) CVG 82, 315; 88, 285; VG Hamburg JW 1927, 2948

37) vgl. Anm. 136

Wenn wir bisher von den §§ 387 ff. BGB, bzw. der Aufrechnung im BGB gesprochen haben, so wurde die Aufrechnung als Rechtsinstitut verstanden, wie wir es eingangs definiert haben und wie es insbesondere in den §§ 387, 388, 389 BGB seine gesetzliche Regelung gefunden hat. Es ist deshalb genauer, für das Ergebnis festzustellen, daß die §§ 387, 388, 389 BGB ohne Einschränkung - soweit nicht eine gesetzliche oder im Gesetzesrang stehende Regelung etwas anderes sagt - für die Aufrechnung von zwei Forderungen, welche beide dem Verwaltungsrecht angehören, zur analogen Anwendung kommen.

4.) Die Aufrechnung von öffentlichrechtlichen mit privatrechtlichen Forderungen

Während sich bei der Aufrechnung von zwei öffentlichrechtlichen Forderungen - etwas vereinfachend - von einem öffentlichrechtlichen Tatbestand sprechen ließ, werden bei der Aufrechnung einer privatrechtlichen und einer öffentlichrechtlichen Forderung zwei verschiedene Rechtsordnungen gleichermaßen berührt. Würde die Aufrechnung nur zur Tilgung der Passivforderung dienen, läge es nahe, allein diejenige Rechtsordnung, welcher die Passivforderung angehört, auf die Aufrechnung anzuwenden (38). Das hätte zur Folge, daß bei einer Aufrechnung gegen eine privatrechtliche Forderung BGB anzuwenden wäre. Die Vertreter dieser Ansicht gehen so weit, die direkte, also nicht nur analoge

38) Behr DJZ 1916, 773; Sussmann, S. 1 ff., auch schon Schumann, S. 46

Anwendung der §§ 387 ff. BGB zu fordern. Hiergegen spricht schon, daß diese Vorschriften von zwei privatrechtlichen Forderungen ausgehen und deshalb allenfalls analog anzuwenden sind.

Auch ist die Aufrechnung nicht nur ein Akt der Tilgung, sondern auch der Eigenbefriedigung. Es lassen sich einige gesetzliche Vorschriften anführen (39), die nur einen Sinn erhalten, wenn man die Aufrechnung unter diesem Aspekt betrachtet.

Die Aufrechnung bewirkt nicht nur das Erlöschen der Passivforderung. Allein die Rechtsordnung der Passivforderung entscheiden zu lassen, hieße, die Entscheidungskompetenz über einen Gegenstand - das Erlöschen der Aktivforderung - einer anderen Rechtsordnung $\neq$ einzuräumen.

Es handelt sich hier um einen Kompetenzkonflikt (40), für den es eine letztlich befriedigende Lösung nicht gibt. Auch aus diesem Grund ist die Aufrechnung abgelehnt worden (41). Es ist jedenfalls nicht richtig, der Rechtsordnung der Passivforderung die Bedeutung einer kompetenzentscheidenden Vorschrift zu geben.

Einige Autoren weichen der Beantwortung dieser Frage aus. Sie versuchen, die Zulässigkeit der

39) §§ 53 ff. KO, 19 Abs. 2 GmbHG, 22 Abs. 5 GenG, 26, 53 VAG; deutlich auch §§ 32 - 34, insbes. 32 Abs. 1 Satz 2 BeitrO, wonach die Vollstreckungsabteilungen der Finanzämter die Aufrechnung erklären.

40) Hatschek-Kurtzig, S. 35; Hartmann VerwArch. 25, 396

41) Hartmann VerwArch. 25, 396

Aufrechnung einer öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Forderung aus § 124 AO oder aus § 395 BGB zu begründen. § 124 AO knüpft an das sog. *privilegium fisci* an (42), welches früher die Aufrechnung gegen Forderungen des Staates, insbesondere gegen Steuerforderungen ausschloß. Diese Vorschrift, welche unter bestimmten Voraussetzungen die Aufrechnung von Steuerforderungen und privatrechtlichen Forderungen - nicht von öffentlichrechtlichen Forderungen (43) - regelt, kann deshalb eher als Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot denn als Einschränkung der im Grundsatz zulässigen Aufrechnung verstanden werden (44). Auch der Versuch, § 395 BGB als Hinweis auf eine im Grundsatz zulässige Aufrechnung zu benutzen (45), geht fehl.

Während es heute anerkannt ist (46), daß § 395 BGB sowohl für privatrechtliche als auch für öffentlichrechtliche Forderungen gilt, hält diese Ansicht einer historischen Betrachtung nicht stand (47). Als § 395 BGB kodifiziert wurde, ist an die Aufrechnung privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Forderungen nicht gedacht worden. Diese Vorschrift wurde zu Gunsten des Fiskus erlassen, einer damals vom Staat zu unterscheidenden Rechtsperson, deren Forderungen als privatrechtlich galten.

42) Fleiner, S. 436; zum Begriff des Fiskus Wolff I § 23 I a (S. 90)

43) Vgl. § 3 Ziff. 4 dieser Untersuchung, S. 52 ff.

44) Hecker DÖV 1952, 7

45) OVG Mstr. DÖV 1961, 555

46) Palandt-Danckelmann § 395 Anm. 2

47) Hipp, S. 12 ff.

Die hier erörterte Frage nach der anzuwendenden Rechtsordnung, welche zugleich die Frage nach der Zulässigkeit öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Forderungen im öffentlichen Recht beinhaltet, findet ihre zutreffendste Beantwortung, wenn wir auch hier den bei der Aufrechnung von zwei öffentlichrechtlichen Forderungen in diesem Zusammenhang entscheidenden Gedanken verwenden. Der zu beurteilende Sachverhalt, der sich nicht eindeutig als dem öffentlichen oder privaten Recht unterliegend bestimmen läßt, erhält seinen Rechtscharakter durch die anzuwendende rechtliche Vorschrift.

Wegen der Rechtsähnlichkeit der beteiligten Forderungen bedarf es nicht der näheren Erörterung, daß allein die analoge Anwendung der Vorschriften des BGB die Aufrechnung einer öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Forderung befriedigend löst. Die Argumente, welche sich gegen eine Vergleichbarkeit der beteiligten Forderungen richten, sind bereits bei der Aufrechnung von zwei öffentlichrechtlichen Forderungen, von denen eine Privatperson Inhaber einer Forderung ist, zurückgewiesen worden. Der Zweckgedanke der Aufrechnung im BGB, welcher schon für die Aufrechnung von zwei öffentlichrechtlichen Forderungen bejaht worden ist, paßt auch hier.

Nunmehr läßt sich auch hier sagen, - da die hier zur analogen Anwendung kommenden Vorschriften §§ 387 ff. BGB insofern öffentlichrechtlichen Charakter tragen -, daß für die Aufrechnung einer öffentlichrechtlichen mit einer privatrechtlichen Forderung öffentliches Recht zur Anwendung

kommt. d.h. die Lücke im öffentlichen Recht geschlossen ist.

5.) Literaturübersicht (48)

Die Aufrechnung zulassend

a) ältere Literatur (durch das Literaturverzeichnis zu erschließen)

Sussmann, Josef (zweifelnd noch in VerwArch. 22,369), Heine, Friedrichs, Schumann, Graf, Behr, Schultzenstein, Meier-Branecke, Schultz, Schantz, Winkler, von Löbbecke, Hipp, Oertmann, S. 66 (70), Lucas, Mallachow, Kohler, Redlich, Delius, Zacke, Hötte-Markus, S. 115 f.

b) neuere Literatur

1.) BGB - Kommentare

Palandt, § 395: vermerkt, daß die Problematik streitig ist; Erman § 387 Anm. 3; BGB-RGRK vor § 387 Anm. 12: verweist auf die Rspr. und knüpft insbes. an die Entscheidung einer Aufrechnung einer öffentlichrechtlichen Forderung gegen eine privatrechtliche Forderung an; Soergel-Siebert-Ballerstedt § 387 Anm. 14: ohne Unterscheidung der Aufrechnungslagen.

48) Zur besseren Orientierung eigene Durchgliederung. Der Anspruch auf Vollständigkeit wird nicht erhoben. Die Übersicht bezieht sich auf die Stellungnahmen zur Aufrechnung vorwiegend von privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Forderungen. Denn selbst diejenigen Autoren, die wie Hartmann entschieden die Aufrechnung privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Forderungen ablehnen, bejahen zum Teil die Aufrechnung öffentlichrechtlicher Forderungen.

2.) Verwaltungslehrbücher

Wolff I (ab 4. Aufl.) § 44 II C 7 (S. 253)
Turegg-Kraus S. 111: ohne Unterscheidung
 der Aufrechnungslagen; Forsthoff, S. 271
 (274): im Ergebnis die Aufrechnung im öffent-
 lichen Recht unbeschränkt zulässig, sehr
 ausführlich m.w.N.

3.) Prozeßrechtslehrbücher und Kommentare

Ule § 41 III: Aufrechnung auch gegenüber
 öffentlichrechtlichem Zahlungsanspruch, wobei
 offenbleibt, ob mit öffentlichrechtlichen
 oder privatrechtlichen Gegenansprüchen auf-
 gerechnet wird. Rosenberg § 104 I; Eyermann-
 Fröhler § 40 Anm. 36 - 40: "Zulässigkeit
 wird aber doch wohl überwiegend bejaht".

4.) Aufsätze

Hecker DÖV 1952,7 ff. und Mühl NJW 1955,1461 ff.
 schließen an die Aufrechnungslage einer pri-
 vatrechtlichen Passivforderung und einer
 öffentlichrechtlichen Aktivforderung an, sind
 jedoch so auszulegen, daß die Aufrechnung
 unbeschränkt zulässig sei.

Die Aufrechnung ablehnend (49)

a) ältere Literatur

Hartmann (in drei Aufsätzen), Weigelin,
 Herrmann, von Gehe, Kormann, S. 36 ff.,
 Goetz, Tezner, Fleiner, S. 436

b) neuere Literatur keine

49) Die einschränkenden Ansichten der Wissenschaft
 werden im Text dieser Untersuchung bei Teil I
 § 3 Nr. 4 zu § 124 AO zitiert. Dasselbe gilt
 für die Rspr.

6.) Übersicht über die Rechtsprechung (49)

Die Aufrechnung von zwei öffentlichrechtlichen Forderungen bejahend:

OVG 40,223; EVerwG DÖV 1958,420; BVerwG DVBl. 1960,36; Bay. VGH vom 18. 9. 1951 Nr. 6 IV 59; Bay. VGH vom 1. 9. 1952 Nr. 56 IV 50; Hess. VGH ZBR 1959,116; OVG Lüneburg ZBR 1959,88; OVG Hbg. MDR 1951,314; Bay. VGH DVBl. 1960,646 (nach Rückverweisung durch BVerwG DVBl. 1960,36).

Verneinend:

keine Entscheidung

Die Aufrechnung mit einer privatrechtlichen Forderung gegen eine öffentlichrechtliche Forderung bejahend: keine Entscheidung

Die Aufrechnung verneinend: OVG 37,43; OVG 49,223; OVG 56,130; OVG 75,183; Bay. VGH 40,39.

Die Aufrechnung mit einer öffentlichrechtlichen Forderung gegen eine privatrechtliche Forderung bejahend: BGHZ 5,352; BGH NJW 1955,497; BGH BB 1959,424; RGZ 47,330; RGZ 77,411; RGZ 80,371; RGZ 155,243; OVG Mstr. DÖV 1952,90.

Die Aufrechnung verneinend: keine Entscheidung.

Anmerkungen zur Rechtsprechung:

Es würde zu weit führen, auf jede der Entscheidungen einzugehen, die insbesondere in ihren

49) Die einschränkenden Ansichten der Wissenschaft werden im Text dieser Untersuchung bei Teil I § 3 Nr. 4 zu § 124 AO zitiert. Dasselbe gilt für die Rspr.

obiter dictis bedeutsame Hinweise geben. Demerkenswert ist es, daß es keine Entscheidung gibt, welche die Aufrechnung mit einer privatrechtlichen gegen eine öffentlichrechtliche Forderung zum Gegenstand hat und die Aufrechnung für diesen Fall zuläßt. Die Entscheidung des OVG Münster DÖV 1952,90 sagt zwar, daß die Aufrechnung privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Forderungen untereinander zulässig sei. Jedoch handelt es sich um eine Feststellungsklage, so daß auch diese Entscheidung nur den Fall einer Aufrechnung einer öffentlichrechtlichen gegen eine privatrechtliche Forderung betrifft. Bedeutsam bleibt allerdings der Umstand, daß sich hier ein Verwaltungsgericht für die Aufrechnung ausgesprochen hat. Etwas vorsichtiger will das OVG Hamburg MDR 1951,314 die Aufrechnung mit einer öffentlichrechtlichen gegen eine privatrechtliche Forderung zulassen, wobei dem Streit zwei öffentlichrechtliche Forderungen zugrunde liegen. Die Gründe der Entscheidungen des preußischen OVG - mit Ausnahme von OVG 37,43 (50) - geben keine genaue Auskunft, ob das Gericht grundsätzlich oder nur im Einzelfall aus besonderen Erwägungen die Aufrechnung versagte. Die Entscheidungen gehen auf die zur Analogie in dieser Untersuchung entwickelte Problematik nicht ein (51).

50) vgl. S.41, Anm. 92

51) Hecker DÖV 1952, S. 8 f.

§ 2 Die Einzelprobleme, welche sich aus dem
Verwaltungsrecht ergeben

1.) Die Entstehung der öffentlichrechtlichen
Geldforderungen, insbesondere der doppelte
Rechtsgrund

Die öffentlichrechtlichen Geldleistungen, die von den Zivilpersonen an öffentlichrechtliche Körperschaften zu erbringen sind, bedürfen einer rechtlichen Grundlage, die im Gesetz oder auch im Gewohnheitsrecht zu finden ist. Je nach der Ausgestaltung eines Rechtssatzes entsteht die öffentlichrechtliche Geldforderung durch den Eintritt eines Sachverhalts, der einen rechtsfolgebegründenden gesetzlichen Tatbestand erfüllt (52), oder durch die Konkretisierung der Verpflichtung in einem Verwaltungsakt (53) (54) (55).

52) § 1 a KAG, § 3 StAnpG betreffend die sog. Fälligkeitssteuer

53) § 9 KAG

54) Konkretisierung der öffentlichrechtlichen Verpflichtung ist auch durch Rechtsverordnung oder Satzung möglich, durch Gerichtsbeschuß und durch freiwillige Übernahme im verwaltungsrechtlichen Vertrag, Wolff I § 42 III (S.228 f.).

55) Die Entscheidung des BVerwG VRspr. Band 9 (1966) Nr. 185 (S. 702 - 706) gibt ein Beispiel aus dem Beamtenrecht dafür, wann eine Forderung nicht entsteht. Danach könne ein Beamter gegen einen vom Dienstherrn zurückgeforderten Gehaltvorschuß nicht aufrechnen, wenn in den späteren Bezügen der Vorschuß enthalten sei. Denn der Dienstherr bleibe trotz Vorschußgewährung Schuldner der künftigen Gehaltsbezüge. Er könne aber nicht in einer Person Schuldner und Gläubiger (hinsichtlich des Vorschusses) sein. Anders verhalte es sich bei der Rückforderung von Abschlagszahlungen, wenn eine Überzahlung infolge niedriger Gehaltsfestsetzung erfolgt sei.

Bei der Konkretisierung durch ein Gesetz besteht der Rechtsgrund der Forderung allein in diesem Gesetz. Anders verhält es sich beim Erlaß eines Verwaltungsaktes. Die als Ermächtigungsgrundlage dienende gesetzliche Regelung bildet einerseits den Rechtsgrund (56) für die entstandene Forderung. Andererseits gehen von dem Verwaltungsakt selbständige rechtliche Wirkungen aus, die ihn als einen selbständigen, von der materiellen Rechtsgrundlage zu unterscheidenden Rechtsgrund ausweisen (57). Diese Bedeutung leitet sich aus der formellen Gestalt des Hoheitsaktes ab. Die Forderung hat demnach einen doppelten Rechtsgrund, welcher einmal in der materiellen Rechtsgrundlage und zum anderen in dem Verwaltungsakt besteht (57a).

Die Selbständigkeit des Verwaltungsaktes als Rechtsgrund zeigt sich, wenn sich herausstellt, daß die gesetzliche Grundlage später entfallen ist, bzw. zu keinem Zeitpunkt bestanden hat (58). Damit ist nicht nur keine materielle Rechtsgrundlage für die Forderung, sondern auch keine Ermächtigungsgrundlage für den Verwaltungsakt vorhanden. Dennoch übt der Verwaltungsakt, wenn er bestandskräftig geworden ist, die gleichen Wirkungen wie eine

56) vgl. Anm. 62

57) OVG Mstr., Urteile vom 29. 7. 1964 - III A 714/64 - und vom 18. 3. 1964 - III A 981/63 - und Beschluß vom 16. 9. 1964 - III A 516/64 - m.w.N.

57a) Löwenberg, S. 40 f.

58) Der nichtige Verwaltungsakt fällt aus dem Zusammenhang heraus.

materielle Grundlage aus (59).

Dem Erlaß eines Verwaltungsaktes kommt zuweilen Bedeutung für die Fälligkeit einer Forderung zu. Die Fälligkeit ist zwar nicht Bestandteil des Entstehungstatbestandes und deshalb auch nicht des Rechtsgrundes, dennoch ist sie als Voraussetzung der Geltendmachung unentbehrlich. Ohne fällig zu sein, kann die Forderung lediglich als Rechtsgrund für die erbrachte Leistung dienen (60). Bei den Forderungen, welche zugleich mit der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes fällig werden (61), dient allein das Gesetz als Rechtsgrund sowohl für die Geltendmachung als auch für die geleistete Zahlung (62). Unabhängig davon, ob das Subjekt hoheitlicher Gewalt einen Verwaltungsakt erläßt, muß der Schuldner in diesen Fällen zahlen. Das Subjekt hoheitlicher Gewalt ist für die genannten

59) Die hier vertretene Ansicht findet eine Parallele in der materiellen Theorie zur Rechtskraft eines richterlichen Urteils, welche nicht die h.Mg. ist (Lent § 62, S. 176 ff. m.w.N.). Die Bedenken, die dort gegen die materielle Theorie vorgebracht werden - Versagen der Theorie bei absoluten Rechten, Wirkung des Urteils inter partes - sind wegen der Verschiedenartigkeit von Urteil und Verwaltungsakt nicht zu übertragen. Hier soll nur gesagt werden, daß ein Verwaltungsakt unter den genannten Bedingungen konstitutive Wirkung äußert.

60) Für die Aufrechnung, vgl. S. 38.

61) vgl. Anm. 52

62) Unter Rechtsgrund wird zusammenfassend die Rechtsgrundlage für die Geltendmachung und für die geleistete Zahlung verstanden.

Forderungen durch keine gesetzliche Grundlage verpflichtet, wohl aber berechtigt (62a), seinen oder den Anspruch des Privaten zuvor durch Verwaltungsakt festzustellen. Eine Verpflichtungsklage des Bürgers auf Erlass eines Verwaltungsaktes hätte deshalb keinen Erfolg. In der Praxis wird sich das Subjekt hoheitlicher Gewalt jedoch für die Festsetzung seiner Forderungen eines Verwaltungsaktes bedienen. Denn einer Klage wäre das Rechtsschutzbedürfnis zu versagen, wenn die leistungsberechtigte Verwaltung ihren Anspruch mit verwaltungseigenen Zwangsmitteln durchsetzen könnte (63). Als Voraussetzung für das in Betracht kommende Verwaltungsverfahren ist ein Leistungsbescheid, d.h. ein Verwaltungsakt zu erlassen (63a).

Für diejenigen Forderungen, welche erst mit Erlass eines Verwaltungsaktes fällig werden, dient allein das Gesetz als Rechtsgrundlage einer

62a) Diese Frage ist im einzelnen sehr streitig, vgl. OVG Hbg. MDR 1966,177: Heranziehung eines Beamten zum Schadenersatz durch Verwaltungsakt. Die h.Mg. bejaht die Zulässigkeit eines solchen Verwaltungsaktes aus dem Wesen des besonderen Gewaltverhältnisses. Das OVG Hbg. a.a.O. ist h.Mg. (m.w.N.). Dazu ebenfalls ablehnend Löwenberg, S. 66 ff. (92 f.).

63) In RGZ 155,243 klagt die Behörde ohne vorherige Festsetzung durch Verwaltungsakt ihre Forderung ein. Desgleichen RGZ 121,273: Eine Festsetzung der Kurtaxe durch Verwaltungsakt ist wegen fehlender Genehmigung des Ortsstatus unzulässig.

63a) § 6 VwVG.NW.

erfolgten Zahlung, nicht jedoch für ihre Geltendmachung (64). Das Subjekt hoheitlicher Gewalt muß schon wegen seiner Bindung an das Recht und Gesetz einen Verwaltungsakt erlassen. Der Private hat einen klagbaren Anspruch auf Festsetzung seiner Forderung, welche er erst mit Erlaß des Verwaltungsaktes geltend machen kann.

Insoweit die Kommunalabgabenforderung durch Veranlagung festgestellt werden muß (64a), wird sie erst mit dieser fällig. Maßgeblich dafür ist die jeweilige gesetzliche Grundlage, häufig das Ortsrecht.

Fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage für einen formell bestandskräftigen Verwaltungsakt, so bietet dieser allein die Rechtsgrundlage sowohl für die Geltendmachung der Forderung als auch für eine erfolgte Zahlung, d.h. der Zeitpunkt des Entstehens der Forderung und ihrer Fälligkeit richten sich nach dem Verwaltungsakt.

2.) Der Einfluß der Zahlung auf den Rechtsgrund

Zahlt der Schuldner, ohne daß ein Verwaltungsakt ergangen ist, so erlischt seine Forderung, die ihre Grundlage allein im Gesetz hat. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Forderung fällig war. § 271 BGB analog kann der Schuldner zahlen

64) Als Beispiel für eine Forderung eines Privaten, welche zuvor durch Verwaltungsakt der Behörde festgestellt werden muß, vgl. RGZ 155, 243.

64a) § 1 a Satz 2 KAG

auch in den Fällen, wo zur Geltendmachung zunächst ein Verwaltungsakt hätte ergehen müssen. Zahlt der Schuldner bei Vorliegen eines rechtmäßigen, abhängigen Verwaltungsaktes, so erlischt die Forderung, soweit sie ihre Grundlage im Gesetz findet.

Wie wir oben feststellten, dient der Verwaltungsakt bei fehlender gesetzlicher Grundlage als selbständiger Rechtsgrund. Das könnte auch dann zu gelten haben, wenn - wie hier durch Zahlung - die gesetzliche Grundlage später entfällt. Wenn sich die Zahlung nicht auch zugleich auf die formelle Grundlage beziehen würde, bliebe der Schuldner trotz Zahlung zur Leistung verpflichtet. Da der Verwaltungsakt allein durch sein Vorhandensein hoheitlichen Anspruch dokumentiert, ist es durchaus nicht zwingend, daß materielle Erfüllungstatbestände den formellen Rechtsgrund berühren. Der Entstehung des Verwaltungsaktes entspräche vielmehr seine Zurücknahme oder Aufhebung durch die Behörde oder das Gericht. Dem würde nicht entgegenstehen, daß mit dem Verwaltungsakt zugleich der Rechtsgrund für die erfolgte Zahlung entfällt. Denn als Rechtsgrund dient auch die gesetzliche Grundlage. Das OVG Münster hat in seiner Getränkesteuerrechtsprechung (65) ausgeführt:

"...die Heranziehungen bestehen fort und bilden einen selbständigen Rechtsgrund, solange sie nicht von der Behörde oder dem Verwaltungsgericht aufgehoben sind".

Man könnte meinen, daß das Gericht die Auffassung vertritt, daß es zum Erlöschen des auf der formellen Rechtsgrundlage beruhenden Anspruchs der Aufhebung eben dieser Grundlage - d.h. des Verwaltungsaktes - bedürfe. Jedoch handelt es sich bei dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt darum, daß im Gegensatz zum Fall einer späteren Zahlung eine gesetzliche Grundlage für eine Heranziehung niemals bestanden hat. Das Gericht hatte deshalb den in diesem Zusammenhang stehenden materiellen Erlöschensgrund der Zahlung nicht zu berücksichtigen.

Die Behörde wird in der Praxis den Verwaltungsakt nicht zurücknehmen. Ein Anspruch des Bürgers auf Aufhebung (66) eines formell rechts- und bestandskräftigen Verwaltungsaktes ist aus grundsätzlichen Erwägungen abzulehnen (67).

Würde man also zum Erlöschen der Forderung die Aufhebung des Verwaltungsaktes verlangen, so müßte das Ergebnis - weil die Aufhebung vom Bürger nicht erzwungen werden kann - lauten, daß die Forderung weiterhin bestehen bleibt. Das Ergebnis wäre höchst unbillig, wenn man bedenkt, daß jederzeit aus dem Verwaltungsakt vollstreckt werden könnte und daß auch die Vollstreckungsgegenklage, die allein noch in Betracht käme, nicht abhelfen könnte. Denn mit ihr ließe sich ebenfalls nur die Einwendung der Zahlung, eines materiellen Einwandes, erheben; d.h. es ließe sich nur der Wegfall

66) vgl. Czermak DVBl. 1963, 23

67) Auf die Problematik der formellen Rechtskraft eines Verwaltungsaktes und der Wiederaufnahme wird nicht eingegangen.

der gesetzlichen, nicht auch - wie es erforderlich wäre - der formellen Grundlage geltend machen.

Es ist deshalb abzulehnen, daß es zum Erlöschen der Forderung, soweit sie auf dem Verwaltungsakt beruht, der Aufhebung desselben bedarf. Vielmehr greift der materielle Erlöschungsgrund der Zahlung auf den formellen Rechtsgrund über. Zwar bleibt der Verwaltungsakt formell bestehen, er wird auch nicht rechtswidrig, er ist jedoch ebenso wie ein erfüllter Vertrag verbraucht und für eine wirksame Vollstreckung ungeeignet. Dieses Ergebnis wird verständlich, wenn man bedenkt, daß der Schuldner nicht nur auf den materiellen, sondern auch auf den formellen Rechtsgrund hin leistet.

Der verbrauchte Verwaltungsakt unterscheidet sich von dem erledigten Verwaltungsakt (68) darin, daß bei diesem die äußere Unangreifbarkeit nach Eintritt der formellen Bestandskraft vorausgesetzt wird. Dagegen ist ein Verwaltungsakt bereits verbraucht, wenn er keine (weiteren) materiellen Rechtswirkungen hervorbringen kann, wenn er den Rechtsgrund für die erbrachte und nicht mehr für die zu erbringende Leistung bildet.

Dabei besteht zwischen dem Verwaltungsakt, welcher eine Rechtsgrundlage hat, von dem bisher die Rede war, und dem Verwaltungsakt, welcher infolge fehlender Rechtsgrundlage alleiniger Rechtsgrund ist, nur insoweit ein Unterschied, als letzterer die formelle Bestandskraft haben muß. Denn auf Grund seiner formellrechtlichen Bedeutung übt der

68) Wolff I § 54 I (S. 327 bis 329)

rechtswidrige Verwaltungsakt.. die gleichen materiellrechtlichen Wirkungen aus, als hätte er eine Ermächtigungsgrundlage (69). Auch der rechtswidrige Verwaltungsakt läßt sich nach Zahlung als verbraucht bezeichnen, weil die Leistung wegen der konstitutiven Wirkung des Verwaltungsaktes erbracht wurde. Wenn es richtig ist, daß der verbrauchte, rechtmäßige Verwaltungsakt nach Zahlung nicht aufzuheben ist, so ist es umso mehr erforderlich, den bestandskräftigen rechtswidrigen verbrauchten Verwaltungsakt bestehen zu lassen. Während bei Aufhebung des rechtmäßigen Verwaltungsaktes noch immer das Gesetz als Rechtsgrund der Forderung verbliebe, hätte die Aufhebung des rechtswidrigen Verwaltungsaktes den Wegfall des einzigen Rechtsgrundes mit der Folge der Rück-erstattungspflicht zur Folge. Zahlungen ohne gesetzliche Grundlage sind jedoch nur dann nicht rückzuerstatten, wenn ein anschließend ergehender rechtswidriger Verwaltungsakt formell bestandskräftig geworden ist.

Entsprechendes gilt für den rechtmäßigen Verwaltungsakt, welcher die Forderung erst zur Entstehung bringt. Er ist hier systematisch einzuordnen.

Ein Verwaltungsakt, der eine bestimmte Zahlung verlangt, kann rechtswidrig sein, wenn diese vorher erbracht worden ist. Knüpft die Zahlungsverpflichtung an einen abstrakten Tatbestand an, so dient auch der nach Zahlung ergehende Verwaltungsakt dazu, die Forderung zur Entstehung zu

69) vgl. S.25

bringen. Dieser Verwaltungsakt schafft nachträglich den Rechtsgrund für die bereits erbrachte Leistung. Er ergeht auf Grund des abstrakten Rechtssatzes. Er hat trotz erfolgter Zahlung eine Ermächtigungsgrundlage. Diese ist infolge ihrer Abstraktheit durch die Zahlung nicht entfallen. Der Verwaltungsakt ist jedoch nur insoweit rechtmäßig, als er die Forderung konkretisiert. Die gesetzliche Grundlage reicht nicht aus, die Forderung zu aktualisieren. Dieser Vorgang läßt sich verdeutlichen, wenn man sich den Verwaltungsakt aufgespalten in einen die Zahlungsverpflichtung feststellenden und einen die Zahlung verfügenden Teil vorstellt (70). Für die Zahlungsaufforderung ist der feststellende Teil eine notwendige Zwischenstation. Die in der Feststellung ausgesprochene Zahlungsverpflichtung ist bei vorheriger Zahlung bereits erloschen, so daß der verfügende Teil ohne Rechtsgrundlage ist. Er ist rechtswidrig. Der äußerlich als eine Einheit gestaltete Verwaltungsakt ist als Ganzes rechtswidrig. Danach ist ein Verwaltungsakt, welcher die Forderung feststellt, rechtswidrig, wenn er trotz vorher erfolgter Zahlung eine Aufforderung hierzu enthält.

Die nach erfolgter Zahlung erlassenen Verwaltungsakte, die zur Einziehung einer vor Erlaß des Verwaltungsaktes konkretisierten Forderung dienen, sind rechtswidrig. Es sind dies die Verwaltungsakte,

70) Wolff I § 47 I f (S. 273) für den Bußgeldbescheid; für den Steuerbescheid vgl. S. 36.

welche eine durch Gesetz oder Vertrag konkret gewordene, aber noch nicht realisierte Forderung geltend machen (71). Der Ermächtigungsgrundlage liegt ein Sachverhalt zu Grunde, der bei Erlaß des Verwaltungsaktes bereits entfallen war.

Rechtswidrig ist auch ein (nach Zahlung) ergehender Verwaltungsakt ohne gesetzliche Grundlage. Doch ist er es nicht wegen der erfolgten Zahlung, sondern allein wegen des ursprünglichen Fehlens einer Ermächtigungsgrundlage.

3.) Exkurs ins Steuerrecht

Die Steuerschuld entsteht nach § 3 StAnpG unabhängig von ihrer Festsetzung durch die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes. Als Steuerschuld bezeichnet man die Bindung des Pflichtigen an das Gesetz (vgl. Schuldverhältnis ex lege). Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung besagt im Steuerrecht, daß die Behörde bei Vorliegen des Tatbestandes die Steuer festsetzen muß.

Mit der Festsetzung wird die Zahlungspflicht begründet (vgl. Fälligkeit durch Verwaltungsakt). Eine Ausnahme bilden die sog. Fälligkeitssteuern, die ohne Festsetzung zu entrichten sind, d.h. bei denen sich die Zahlungsschuld aus der bloßen Tatbestandsverwirklichung ergibt (z.B. §§ 8, 9 VersStG, § 5 SalzsteuerG). Die Steuerzahlungsschuld ist die Verpflichtung, auf Grund der

71) Wolff I § 40 IV c (S. 217)

Steuerfestsetzung zu einem in ihr genannten Termin einen bestimmten Betrag zu entrichten.

Es ist mißverständlich (72), wenn es als das der Steuerschuld korrespondierende Recht der Behörde (73) allein angesehen wird, die Steuer festzusetzen, d.h. die Zahlungsschuld zu begründen. Dieses Recht zu formellem Ausspruch ist in der gesetzlichen Grundlage der Steuerschuld ebenso enthalten wie die bis zur Festsetzung noch nicht aktualisierte Forderung selbst.

Deshalb wird durch die Festsetzung der Steueranspruch nur insoweit verbraucht, als das Recht zum Erlaß des Steuerverwaltungsaktes erlischt. Dagegen übt die gesetzliche Grundlage weiterhin als Rechtsgrundlage der auf ihr begründeten Steuerzahlungspflicht ihre Wirkung aus.

Wenn die festzusetzende Steuer schon vor ihrer Festsetzung ganz oder zum Teil durch vorgeschriebene oder freiwillige Vorauszahlungen entrichtet worden ist, so erlischt zwar die noch nicht aktualisierte, in der Rechtsgrundlage enthaltene Steuerforderung, während das Recht und die Pflicht der Behörde, die Steuer festzusetzen, erhalten bleiben (74). Die Festsetzung der Steuer ohne Zahlungsaufforderung ist rechtmäßig. Wird dagegen eine Zahlungsverpflichtung ausgesprochen, so ist dieser Verwaltungsakt rechtswidrig, wenn der Vermerk

72) Becker-Riewald-Koch, S. 265

73) Auch als Steueranspruch zu bezeichnen.

74) § 33 Abs. 2 Satz 2 BeitrO, § 1 a Satz 3 KAG

der bereits geleisteten Zahlung fehlt (75).

Zum besseren Verständnis läßt sich der grundsätzlich in einem Akt erlassene Verwaltungsakt als ein zusammengesetzter Verwaltungsakt ansehen, der, insoweit die Steuerfestsetzung gemeint ist, als ein feststellender Verwaltungsakt, und, insoweit die Zahlungspflicht ausgesprochen wird, als eine Verfügung bezeichnet werden kann (76). Von daher gewinnt der Satz, daß die Aufrechnung ein Teil des Erhebungs- und nicht des Veranlagungsverfahrens sei (77), an Verständlichkeit. Betrachtet man nämlich allein den "feststellenden Verwaltungsakt" als dem Veranlagungsverfahren zugehörig, so hat eine erfolgte Zahlung, welche allein für die Verfügung von Bedeutung ist und das Recht der Behörde zur Festsetzung bestehen läßt, keinen Einfluß auf das Erhebungsverfahren.

Allerdings ist der Steuerverwaltungsakt, welcher sowohl die Feststellung als auch die Verfügung enthält, auch schon dann rechtswidrig, wenn entweder die Feststellung oder die Verfügung rechtswidrig ist (78). Will man die Verfügung dem Erhebungsverfahren zuordnen, lassen sich Veranlagungs- und Erhebungsverfahren doch nicht abstrakt betrachten. Der Satz, daß die Aufrechnung ein Teil des Erhebungs- und nicht des Veranlagungsverfahrens sei, ist insoweit einzuschränken.

75) Zur zeitlichen Überschneidung vgl. Löwenberg, S. 41.

76) Wolff I § 47 I f. (S. 273)

77) BFH BStBl. III 1957, Seite 7

78) Analog § 139 BGB, bzw. diese Vorschrift einen allgemeinen Rechtsgedanken auch für diesen Fall enthaltend.

4.) Die Wirkung der Aufrechnungserklärung

Der § 389 BGB wird für die Aufrechnung im öffentlichen Recht entsprechend angewendet (79). Danach hat die Aufrechnungserklärung dieselbe Wirkung wie eine Zahlung in dem Zeitpunkt der Aufrechnungslage, d.h. in welchem sich die Forderungen zur Aufrechnung geeignet erstmalig gegenüber stehen (80).

Der folgende Fall dient als Beispiel dafür, wann die Aufrechnung zur Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes führen kann (81). Es wird gegen eine Forderung aufgerechnet, die durch einen Rechtsatz konkret geworden ist und durch einen Verwaltungsakt geltend gemacht wird. Die Aufrechnungslage, das erstmalige Vorhandensein der beiden Forderungen, bestand vor Erlass des Verwaltungsaktes. Durch die Geltung des § 389 BGB wirkt die Aufrechnung wie eine Zahlung zu einem Zeitpunkt, der vor Erlass des Verwaltungsaktes liegt. Durch die Aufrechnung entfällt nachträglich der Tatbestand der Forderung, welcher bei Erlass gegeben war. Die rückbezügliche Wirkung der Aufrechnungserklärung beseitigt die Rechtmäßigkeit und macht den fordernden Verwaltungsakt rechtswidrig. Da sich der Verwaltungsakt unabhängig von seiner Rechtmäßigkeit auf die getilgte Forderung bezieht, ist er mit einem verbrauchten Verwaltungsakt zu vergleichen (82).

Die Anwendung des § 389 BGB bringt als Folge der Rückwirkung mit sich, daß die seit dem Zeitpunkt

79) BVerwG DVBl. 1960, 36

80) so auch § 20 AKO

81) dazu ausführlich auf den Seiten 93 - 101

82) vgl. S. 31

der Aufrechenbarkeit von den Forderungen ausgegangenen Wirkungen - wie Zinspflicht, Verzugsforderungen - wieder beseitigt werden.

5.) Aufrechenbarkeit der durch Verwaltungsakt festgestellten, bzw. festzustellenden Aktivforderung

Für die Passivforderung genügt es, daß sie entstanden ist (83). Dagegen muß die Aktivforderung nicht nur entstanden, sondern auch fällig sein (84). Fälligkeit bedeutet, daß der Gläubiger der Aktivforderung diese geltend machen kann.

In diesem Zusammenhang ergibt sich die Frage, ob die öffentlichrechtliche Forderung, welche erst mit Erlaß eines Verwaltungsaktes fällig wird, als Aktivforderung auch dann zur Aufrechnung geeignet erscheint, wenn der Verwaltungsakt nicht erlassen worden ist. Wollte der Gläubiger seine Forderung selbständig geltend machen, d.h. nicht aufrechnen, hätte er bei Untätigkeit der Behörde die Verpflichtungsklage zu erheben. Erkennt man dem Verwaltungsakt im Zusammenhang mit der Fälligkeit materielle Bedeutung zu, hätte das auch dann zu gelten, wenn der Gläubiger mit der Aktivforderung aufrechnen will. Die Folge wäre, daß der Zweck der Aufrechnung - nämlich die selbständige Geltendmachung beider Forderungen zu vermeiden - vereitelt würde, da zunächst praktisch eine selbständige Geltendmachung der Aktivforderung voranginge.

83) Für die Steuerforderung BFH BStl. III 1954, S. 26.

84) § 32 Abs. 2 Satz 2 BeitrG

Damit würde die Aktivforderung rechtshängig, was sie nicht einmal dann wird, wenn die Aufrechnung im Prozeß geltend gemacht wird.

Andererseits ist zu bedenken, daß die Aufrechnung nur mit eindeutig festgestellten oder feststellbaren Forderungen zulässig ist. Diesem Erfordernis genügt jedoch auch die nicht fällige, bereits entstandene Forderung.

Der Bayrische Verwaltungsgerichtshof (85) hat ebenso wie das Reichsgericht (86) entschieden, daß ein Vorverfahren dann nicht einzuhalten ist, wenn der Anspruch nur zur Abwehr geltend gemacht wird. Das hat sinngemäß auch für die vorprozessuale Aufrechnungslage zu gelten. Damit ist dem Verwaltungsakt innerhalb der Aufrechnung vorwiegend eine verfahrensrechtliche Bedeutung zuerkannt worden. Für die Fälligkeit der Forderung genügt es also, daß der Gläubiger der Aktivforderung bei vorhandener gesetzlicher Grundlage das Recht auf Feststellung in einem Verwaltungsakt hat.

Hat die Behörde in einem für den Gläubiger der Aktivforderung ungünstigen Sinne über dessen Forderung durch fehlerhaften Verwaltungsakt entschieden, fragt es sich, ob dieser Verwaltungsakt durch Anfechtung beseitigt werden muß (87). Die Aktivforderung entsteht regelmäßig durch Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes noch vor ihrer Feststellung in einem Verwaltungsakt (88).

85) Bayr. VGH DVBl. 1960, 646

86) RGZ 155, 243

87) angedeutet in Bayr. VGH DVBl. 1960, 646

88) vgl. S. 24

Zu diesem Zeitpunkt gilt sie, wie wir soeben feststellten, als zur Aufrechnung geeignet. Entsteht die Aufrechnungslage noch vor Erlaß des Verwaltungsaktes - das hängt davon ab, ob die Passivforderung bereits vorhanden ist - erlöschen beide Forderungen im genannten Zeitpunkt. Der anschließend ergehende Verwaltungsakt ist gegenstandslos und nicht geeignet, irgendwelche Rechtswirkungen zu entfalten.

Etwas anderes könnte gelten, wenn die Aufrechnungslage nach der Feststellung der Aktivforderung durch Verwaltungsakt entsteht. Denn dann würde ohne Anfechtung die Aktivforderung erlöschen und für die Aufrechnung entfallen. Wollte man die Aufrechnung mit einer durch formell bestandskräftigen Verwaltungsakt abgelehnten Forderung dennoch zulassen, würde der Grundsatz der formellen Bestandskraft selbst in diesem Falle durchbrochen (89). Es erscheint richtiger, dem Aufrechnenden die Anfechtungsklage aufzubürden, als von dem genannten Grundsatz abzugehen. Dieses Ergebnis widerspricht auch nicht unserer Feststellung, daß dem Verwaltungsakt innerhalb der Aufrechnung vorwiegend verfahrensrechtliche Bedeutung zukomme. Die formelle Bestandskraft leitet sich aus Grundsätzen ab, die sowohl für das Verfahrens- als auch für das materielle Recht ihre Gültigkeit haben. Der Unterschied zu dem Sachverhalt, in welchem die Behörde keinen Verwaltungsakt erlassen hat, besteht darin, daß als neues Kriterium die formelle Bestandskraft hinzutritt.

89) vgl. Anm. 67

6.) Der Träger öffentlicher Verwaltung als Gläubiger
der öffentlichen Forderung

Mit der Entstehung der Forderung, sei es durch Gesetz oder durch Verwaltungsakt, ist zugleich ihr Inhaber bestimmt. Da die Vielzahl der Behörden, Kassen, Zahl- und Empfangsstellen nach außen in einigen Hinsichten eine rechtssubjektähnliche Stellung genießen, bedarf es anders als gewöhnlich im privaten Recht der näheren Bestimmung, welchem Träger hoheitlicher Gewalt die öffentlich- oder privatrechtliche Forderung zusteht. Steht einem Träger öffentlicher Verwaltung eine privatrechtliche Forderung zu, d.h. liegt ein privatrechtliches Rechtsverhältnis zugrunde, so spricht man von fiskalischer Verwaltung (90). Der Fiskus ist nicht eine vom Staat oder von den anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts verschiedene Rechtsperson (91) (92). Als Gläubiger ist das Subjekt hoheitlicher Gewalt anzusehen, welchem der Ertrag der Forderung zusteht. Hierfür kommt allein in Betracht eine vollrechtsfähige, gegenüber jedem Dritten selbständige rechtliche Zurechnungs-, Zuordnungs-, Vermögens- und Haftungseinheit mit eigenem Namen. Hier sind diejenigen Gemeinwesen zu nennen, welche ihren eigenen Finanzhaushalt haben, in dessen Plan die (öffentlichrechtlichen) Forderungen als Positionen eingesetzt

90) Wolff I § 23 I a (S. 90)

91) Wolff I § 23 I b (S. 90)

92) In OVG 37,45 heißt es: Gegenüber einer Abgabeforderung könne der Herangezogene nicht eine privatrechtliche Gegenforderung an die Gemeinde geltend machen, da der Gemeindevorsteher weder berufen noch legitimiert sei, in einer

sind. Hierzu gehören sowohl der Bund und die Länder (93), d.h. der Staat, als Subjekte ursprünglicher hoheitlicher Gewalt als auch die Gemeinden und Gemeindeverbände und darüber hinaus (94) die sonstigen rechtsfähigen Körperschaften, Anstalten, Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie die Be- liehenen als Subjekte abgeleiteter hoheitlicher Gewalt. Während der Staat seine Finanzwirtschaft aus eigenem Recht betreibt, ist den zuletzt ge- nannten Subjekten hoheitlicher Gewalt das Recht hierzu vom Staat übertragen oder überlassen wor- den (95).

-
- wegen der Abgabeforderung gegen ihn als Behörde der lokalen Steuerverwaltung zu er- hebender Verwaltungsklage die Gemeinde in ihren privatrechtlichen Beziehungen zu ver- treten. Diese Begründung deutet darauf hin, daß Fiskus und Staat als verschiedene Rechts- persönlichkeiten gesehen wurden.
- 93) Die Aufrechnung von Forderungen gegen das Land gegenüber einer Forderung des Bundes ist deshalb ausgeschlossen; daher unverständ- lich § 32 Abs. 3 Satz 3 BeitrO.
- 94) Die rechtsfähige Anstalt ist auch gegenüber ihrem Träger rechtlich selbständig, so daß z.B. die Sparkasse als kommunale Anstalt gegenüber der Gemeinde rechtlich selbständig ist. Eine Aufrechnung gegen die Forderung eines Kontoinhabers mit einer Forderung des Gewährträgers ist deshalb unzulässig (früher anders, vgl. Zacke RuPrVbl. 31, 988). Die Deutsche Bundesbahn und Deutsche Bundespost sind zwar gegenüber dem Bund als Träger recht- lich unselbständig, was jedoch in vermögens- rechtlicher Hinsicht nicht gilt (§ 3 BBahnG, § 3 PostVerwG). Eine Aufrechnung mit Forderun- gen gegen den Bund gogenüber einer Forderung dieser Anstalten - und umgekehrt - ist deshalb ausgeschlossen. Vgl. aber S. 48 ff.
- 95) Für das gemeindliche Haushaltsrecht vgl. Wolff II § 86 VII (S. 155).

Die Träger öffentlicher Gewalt, denen der Ertrag einer Forderung zusteht, ziehen diese in aller Regel durch eigene Behörden oder Amtsstellen (Kassen) selbst ein und steuern die Bewirtschaftung der eingenommenen Gelder selbst. Die Kasse unterscheidet sich von der zugeordneten Verwaltungsstelle dadurch, daß sie das Geld besitzt, jedoch ohne deren Anweisung keine Verfügung darüber treffen kann (96). Die Kasse und auch die verwaltende Behörde, bzw. deren Amtsstellen, sind im Verhältnis zu dem Träger öffentlicher Gewalt, welchem die Ertragshoheit zusteht, nicht als Gläubiger anzusehen. Denn sie können im Gegensatz zu diesem kein eigenes Vermögen bilden (97).

Streitig ist, wer als Gläubiger anzusehen ist, wenn sich die Ertragshoheit und die Verwaltungshoheit - insbesondere im Steuerrecht - auf verschiedene Subjekte hoheitlicher Gewalt verteilen, die jeweils einen eigenen Haushalt bilden können. Es wurde früher die Auffassung vertreten (98), daß Steuergläubiger diejenige Gebietskörperschaft sei, der die Verwaltungshoheit zustehe. Begründet wurde das damit, daß die verschiedenen Körperschaften sich nach dem Grundgesetz auf ein besonderes verfassungsmäßiges Recht zur Verwaltung (Art. 108 GG) berufen könnten und das Recht zur uneingeschränkten Verwaltung einer Steuer nach außen hin wesentlich stärker als das Zufließen des Ertrages in Erscheinung trete. Der Bundesgerichtshof (99) hat

96) Über das Verfahren bei der Aufrechnung geben genaue Auskunft die §§ 53 AKO und § 32 - 34 BeitrO.

97) Helmert, S. 348 f.

98) BfV BStBl. III 1963, 247 m.w.N.

99) BGH NJW 1953, 64

aber die Ertragshoheit als maßgebend für die Steuer-gläubigerschaft angesehen. Der Bundesfinanzhof (100) hat sich dieser Auffassung angeschlossen.

Diesen letzten Entscheidungen ist zuzustimmen, weil sie der Verteilung der Ertragshoheit (Art. 106, 107 GG) und der Verwaltungshoheit (Art. 87, 108 GG) auf verschiedene Rechtssubjekte am ehesten gerecht werden. Das wird auch deutlich in der Neufassung des § 106 GG im Jahre 1955. Anstelle der früheren Formulierung "zufließen" heißt es jetzt: wem das Aufkommen der einzelnen Steuer "zusteht".

Die praktische Konsequenz zeigt sich z.B. darin, daß ein Privater gegen eine durch das Land geltend gemachte Forderung mit einer solchen gegen den Bund dann aufrechnen kann, wenn der Ertrag der vom Land geltend gemachten Forderung dem Bund zusteht (101).

Wird eine Forderung eines Trägers hoheitlicher Gewalt von einer Kasse eines anderen Trägers hoheitlicher Gewalt einbezogen, ist nur jener als Gläubiger anzusehen (102).

7.) Die Aufrechnungserklärung eines Subjektes hoheitlicher Gewalt

Es ist zweifelhaft, ob die Aufrechnungserklärung eines Subjektes hoheitlicher Gewalt als ein

100) BFH BStBl. III 1963, 247 m.w.N.

101) Weitere Beispiele auf den Seiten 50 f. und 57.

102) In NRW werden die Kommunalkassen zur Durchführung staatlicher Kassengeschäfte in Anspruch genommen, vgl. Hillebrand, S. 9; Helmert, S. 341.

Verwaltungsakt oder als einfache Willenserklärung einer Behörde zu qualifizieren ist. Da ein Verwaltungsakt nur bei Vorliegen eines Über- Unterordnungsverhältnisses gegenüber dem Gewaltunterworfenen erlassen werden kann, scheidet die Annahme eines Verwaltungsaktes für die Aufrechnungslage zweier Forderungen von Trägern hoheitlicher Gewalt aus.

Der Erlaß eines Verwaltungsaktes als Aufrechnungserklärung kommt nur in Betracht, wenn die Forderung eines Privaten beteiligt ist. Die allgemeinen Voraussetzungen für einen Verwaltungsakt haben auch dann vorzuliegen, wenn er als Aufrechnungserklärung dient. Ihrem Inhalt nach hätte die als Verwaltungsakt erlassene Aufrechnungserklärung die einseitig regelnde, mit verbindlicher Wirkung erlassene Anordnung darzustellen, daß die Forderung des Privaten zu erlöschen habe. Diese Anordnung gehört ihrem Wesen nach in die Vollstreckung. Es bedarf nicht allein der Befähigung der Verwaltung zum Erlaß eines Verwaltungsaktes auf Grund eines Gewaltverhältnisses, sondern einer Befugnis im konkreten Fall. Auf letztere kommt es entscheidend an. Soweit es sich um eine verwaltungsrechtliche Forderung handelt, kann sich aus dem zugrunde liegenden Rechtssatz im Einzelfall das Recht zur hoheitlichen Festsetzung ergeben (103). Soweit auch die Voraussetzungen der Vollstreckung im Verwaltungszwang gegeben sind, könnte der Aufrechnungserklärung die Bedeutung eines

103) Löwenberg, S. 61 ff.

Verwaltungsaktes zukommen. Eine solche "Aufrechnungserklärung" käme nur innerhalb des Vollstreckungsverfahrens in Betracht.

Sie ist jedoch ihrem Wesen nach nicht mehr als die Aufrechnungserklärung anzusehen, wie sie angepaßt an die Systematik des BGB auch für das Verwaltungsrecht zu fordern ist (104). Dem bürgerlichen Recht ist es fremd, nach einer Ermächtigungsgrundlage für die Aufrechnungserklärung zu fragen. Ebenso ist die von der Aufrechnungserklärung ausgehende Wirkung unvereinbar mit derjenigen, die bei Erlass eines Verwaltungsaktes eintritt.

Das BGB macht die Wirkung der Aufrechnungserklärung, d.h. das Erlöschen, von dem Bestehen zweier Forderungen abhängig. Der Verwaltungsakt wäre hieran nicht gebunden, weil er auch bei Rechtswidrigkeit selbständig Rechtswirkungen hervorbringen kann (105). Das hätte zur Folge, daß ein formell bestandskräftiger Verwaltungsakt das Erlöschen der Passivforderung bewirkt, obgleich eine Aktivforderung in keinem Zeitpunkt bestanden hat.

Ebenso widerspricht es dem BGB, insbesondere dem vom Bundesverwaltungsgericht für anwendbar erklärten § 389 EGB (106), daß der Verwaltungsakt seine Wirkungen auf den Zeitpunkt seines Erlasses

104) Vgl. die Erwähnung der Aufrechnungserklärung bei Wolff I § 44 I a 2 (S. 248).

105) vgl. S. 31 f.

106) vgl. S. 37

und nicht auf den Zeitpunkt des erstmaligen Vorhandenseins zweier geeigneter Forderungen bezieht. Die Aufrechnungserklärung eines Subjektes hoheitlicher Gewalt ist also unabhängig von dem Rechtscharakter der beteiligten Forderungen und der Person der Inhaber als (öffentlichrechtliche) Willenserklärung zu bestimmen, welche in ihren Voraussetzungen und Wirkungen wie eine Willenserklärung des BGB zu beurteilen ist.

Deshalb ist auch die Aufrechnungserklärung der Steuerbehörde entgegen der Formulierung des § 32 Abs. 4 BeitrO, welcher von einer Verfügung spricht, kein Verwaltungsakt (107). Denn auch für das Steuerrecht kommt BGB analog zur Anwendung. Zur Erläuterung mag der Fall dienen, in welchem die Steuerbehörde mit einer in Wirklichkeit nicht bestehenden Steuerforderung aufrechnet. Wäre die Aufrechnung ein Verwaltungsakt und würde dieser nicht angefochten, so würde die Passivforderung des Privaten erlöschen. Er wäre darauf angewiesen, einen Steuerrückerstattungsanspruch geltend zu machen, könnte jedoch seine - dann nicht mehr bestehende - Forderung nicht geltend machen. Dieses Ergebnis ist vom materiellen Recht her gesehen unrichtig und bietet verfahrensrechtlich keine Vorteile.

Die Erklärung eines Subjektes hoheitlicher Gewalt wird sehr häufig zusammen mit der Feststellung der

107) Becker-Riewald-Koch § 124 AO Anm. 5,
Hübschmann - Hepp - Spitaler § 124 Anm. 2

Aktivforderung abgegeben, darf jedoch mit dieser, welche ein Verwaltungsakt sein kann, nicht verwechselt werden. Hierzu ist instruktiv eine Entscheidung des Hess. Verwaltungsgerichtshofes (108). Dort wurde von der Behörde die für den Beamten günstigere Gehaltsfestsetzung widerrufen und zugleich die Einbehaltung in Raten von den monatlichen Bezügen angeordnet. Die erstere Maßnahme ist ein Verwaltungsakt, welcher zur Entstehung der behördlichen Rückforderung notwendig war. Das Einbehalten selbst in Verbindung mit seiner Mitteilung an den Beamten ist dagegen kein Verwaltungsakt.

Den Bedingungen des BGB entspricht es, daß die Aufrechnungserklärung an den Aufrechnungsgegner, d.h. an den Gläubiger der Passivforderung, zu richten ist. Das Gesetz geht davon aus, daß die Voraussetzungen der Aufrechnung noch im Zeitpunkt der Erklärung vorhanden sein müssen (109). Damit gewinnt die Erklärung gegenüber der Aufrechnungslage an Bedeutung.

8.) Die Zulässigkeit von Aufrechnungsverträgen

Aufrechnungsverträge sind auch im Verwaltungsrecht zulässig. Der Aufrechnungsvertrag ist innerhalb des privaten Rechts entwickelt worden (110).

108) Hess. VGH ZBR 1959, 116

109) Eine Ausnahme besteht für Forderungen des früheren Deutschen Reiches, vgl. BGHZ 2, 500.

110) Soergel-Siebert, 1. Band, Vorbem. § 387 Anm. 2; BGB - RGRK, 1. Band, vor § 387 VI

Anstelle der einseitigen Erklärung eines der Beteiligten bewirkt der Vertrag die wechselseitige Tilgung zweier gleichartiger Forderungen (111). Im einzelnen besteht Streit darüber, ob die Aufrechnungsverträge an die Voraussetzungen der §§ 387 ff. BGB gebunden sind. Sie sind insoweit unabhängig, als es sich nicht um zwingendes Recht handelt oder durch Nichtanwendung einer Vorschrift das Wesen der Aufrechnung angetastet wird. Über den Eintritt der Rechtsfolgen nach § 389 BGB kann es deshalb keinen Zweifel geben. Ebenso ist für die Wirksamkeit des Vertrages das Bestehen der Forderungen anzunehmen (112). Unstreitig ist, daß bezüglich der Fälligkeit der Forderung (113) und der Gegenseitigkeit (114) von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarungen getroffen werden können. Dagegen bleibt fraglich, ob die Gleichartigkeit der Leistungen unabdingbar ist (115).

Aufrechnungsverträge sind im Verwaltungsrecht als koordinations- und subordinationsrechtliche Verträge denkbar (116), wobei die Rechtsqualität der Vertragspartner ausschlaggebend ist. Daß es sich auch bei der Beteiligung einer privatrechtlichen Forderung nicht um einen gemischten privatrechtlich-öffentlichrechtlichen Vertrag, sondern um einen allein dem öffentlichen Recht angehörenden

111) vgl. Anm. 115

112) RG Recht 14 Nr. 2408, str.

113) RGZ 104, 188

114) RGZ 72, 377

115) RG JW 1911, 711, str.

116) Wolff I § 44 I b; Lerche, S. 66 ff. m.w.N.

verwaltungsrechtlichen Vertrag handelt, ergibt sich daraus, daß das zu beurteilende Rechtsverhältnis, d.h. die Aufrechnung, allein dem Verwaltungsrecht zuzuordnen ist (117). Da keine neuen Rechte oder Pflichten begründet werden, ist die Zulässigkeit dieser Verträge unproblematisch. So bemerkt Stern (118), daß die Rechtssatzgebundenheit der Verwaltung nicht besage, daß es für die Benutzung der Vertragsform einer besonderen Ermächtigung bedarf. Menger (119) betont, daß der Verwaltungsvertrag nur ein Mittel des Normvollzugs ist.

Ihr praktisch wichtigstes Anwendungsgebiet finden die Aufrechnungsverträge dort, wo sie zur Umgehung von Aufrechnungshindernissen zulässigerweise geschlossen werden. Sie lassen sich als "norm - korrigierende" Verträge typisieren (120). Das trifft insbesondere zu bei künftig fällig werden- den Ansprüchen und bei fehlender Gegenseitigkeit. So heißt es z.B. in § 53 Abs. 1 AKO:

"...Auch mit künftig fällig werdenden Forderungen gegen den Empfangsberechtigten ist gegen den Anspruch auf den auszahlenden Betrag aufzurechnen, wenn der Empfangsberechtigte zustimmt oder seine Zustimmung zu vermuten ist..." Fälle fehlender Gegenseitigkeit bei vorhandenem Bedürfnis für eine Aufrechnung ergeben sich bei Steuerforderungen, wenn Ertrags- und Verwaltungshoheit auseinanderfallen. So darf z.B. das Land als Steuer-

117) Lerche, S. 66 ff.

118) Stern, VerwArch. 49, 106 ff.

119) Menger, VerwArch. 52, 208

120) Lerche, S. 66 ff.

behörde nur vertraglich aufrechnen, wenn der Ertrag der vom Land geltend gemachten Forderung dem Bund zufließt, die Forderung des Steuerschuldners sich aber gegen das Land selbst richtet.

Keine Aufrechnungsverträge sind vertragliche Vereinbarungen, welche die Aufrechnung ausschließen (121).

§ 3 Einschränkungen der Aufrechnung im Verwaltungsrecht

1.) Einleitung

Die Einschränkung der Aufrechnung durch den Willen der beteiligten Forderungsinhaber ist häufiger im Bereich des privaten (122) als des öffentlichen Rechts anzutreffen. Gegen die Zulässigkeit entsprechender Vereinbarungen ist im privaten Recht nichts einzuwenden. Dagegen sind vertragliche

121) Vgl. Anm. 122 auf dieser Seite.

122) Dort häufig in sogenannten Formularverträgen, z.B. Mietverträgen (vgl. aber § 28 MSchG); sodann in allgemeinen Geschäftsbedingungen, z.B. § 32 ADSp.: "Gegenüber Ansprüchen des Spediteurs ist eine Aufrechnung oder Zurückbehaltung nur mit fälligen Gegenansprüchen des Auftragsgebers, denen ein Einwand nicht entgegensteht, zulässig. "Wegen § 390 BGB ist diese Regelung nicht ganz einsehbar (dazu Krein-Hay, ADSp. -Kommentar, Berlin 1959); weiterhin Nr. 2 Ziff. 1 Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des privaten Bankgewerbes i.d.F. vom Juli 1955: "Der Kunde kann Forderungen gegen die Bank nur mit Verbindlichkeiten in derselben Währung und nur soweit aufrechnen, als die Bank die Forderungen anerkennt"; ebenso Nr. 2 Ziff. 5 Allgemeine Geschäftsbedingungen der Sparkassen i.d.F. vom Nov. 1957; u.a.

Einschränkungen im Verwaltungsrecht unzulässig, wenn gesetzliche Bestimmungen die Aufrechnung seitens der Verwaltung vorschreiben (123). Im übrigen gilt entsprechend das für Verwaltungsverträge Gesagte.

Das Recht zur Aufrechnung hat jedoch zahlreiche gesetzliche Einschränkungen erfahren, die sich zum Teil wegen der beteiligten Sonderrechtsgebiete - zum Beispiel Sozialversicherungsrecht, Steuerrecht - gegenüber dem in den §§ 387, 388, 389 BGB kodifizierten Rechtsinstitut der Aufrechnung als Sonderregelungen bezeichnen lassen. Zu unterscheiden sind die Regelungen des BGB und des öffentlichen Rechts. Der Einstellung dieser Untersuchung entsprechend werden die Vorschriften des BGB für eine analoge Anwendung im öffentlichen Recht in Betracht gezogen, wobei sich ergeben wird, daß eine analoge Anwendung sich im Einzelfall nur deshalb erübrigt, weil der eine oder andere Rechtsgedanke einer privatrechtlichen Regelung zu einer Kodifikation im öffentlichen Recht geführt hat. Sonstige Vorschriften im öffentlichen Recht werden in diesem Zusammenhang erörtert.

Das BGB geht davon aus, daß die Aufrechnung einer Zahlung gleichzusetzen ist. Nichts anderes besagen zur Klarstellung die §§ 19 Abs. 2 GmbHG, 22 Abs. 5 GenG, 26, 53 VAG und § 118 GewO. Diese Vorschriften schließen eine Aufrechnung aus, wenn keine Zahlung vorgesehen ist.

123) so § 53 Abs. 1 Satz 1 AKO; ebenso 32 Abs. 1 Satz 3 BeitrO

2.) §§ 390, 393, 394 BGB analog

Die Vorschrift des § 390 BGB deutet zwar in ihrer sprachlichen Gestaltung auf eine Einschränkung hin. Sie beinhaltet jedoch eine weitere rechtssatzmäßige Ausgestaltung des Rechtsgrundsatzes der Aufrechnung - insbesondere der bereits angeführten Voraussetzung, daß die Aktivforderung fällig zu sein hat - insoweit, als die Vollwirksamkeit der Aktivforderung verlangt wird. Deshalb ist diese Vorschrift als zu den §§ 387 bis 389 BGB gehörig analog für die Aufrechnung im öffentlichen Recht anzuwenden (124).

Bei der Bildung eines Ähnlichkeitskreises zwischen einer privatrechtlichen und einer öffentlichrechtlichen Forderung war das den Forderungen zugrunde liegende Rechtsverhältnis als unwesentlich ausgeschieden worden. Die Besonderheit des § 393 BGB liegt darin, daß er auf das Rechtsverhältnis Bezug nimmt. Die Aufrechnung ist ausgeschlossen, wenn die Passivforderung auf einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung beruht. Eine solche Forderung kann sowohl dem privaten als auch dem öffentlichen Recht angehören.

124) Die Einreden, welche § 390 BGB meint, sind materieller Art, z.B. Verjährung. Die letzte Einrede ist auch im öffentlichen Recht zu beachten, vgl. Wolff I § 37 III e (S. 204 ff.). Ob § 390 Satz 2 BGB im öffentlichen Recht anzuwenden ist, beinhaltet eine Einzelfrage, welcher hier nicht nachgegangen werden soll; dazu ausführlich Sussmann, S. 14 ff. In Art. 205 Abs. 4 wüEVRO wird § 390 Satz 1, nicht dagegen Satz 2 zur entsprechenden Anwendung vorgeschlagen. Ebenso soll die Anwendbarkeit des § 392 BGB - vgl. dazu Sussmann, S. 14-18, 29 - und des § 396 BGB - vgl. dazu CLG Kiel OLG Rspr. 22, 208: grundsätzlich anwendbar - nicht erörtert werden.

Der Zweckgedanke dieser Regelung ist darin zu sehen, daß der Gläubiger einer Forderung aus unerlaubter Handlung gegen jedes, insbesondere prozessuale Risiko einer Aufrechnung geschützt wird. Die Versagung der Aufrechnung enthält zugleich eine Strafe für die Störung der Rechtsordnung. Denn das Wesen der unerlaubten Handlung besteht in einer Verletzung des objektiven Rechts der Allgemeinheit. Der Strafcharakter kommt darin zum Ausdruck, daß sich § 393 BGB nur auf vorsätzlich begangene unerlaubte Handlungen bezieht (125).

Die naheliegende Prüfung einer analogen Anwendung von § 393 BGB auf die Aufrechnung gegen Geldstrafen erübrigt sich durch § 8 Abs. 2 der JBeitrO. Danach ist die Einwendung der Aufrechnung im Justizbeitreibungsverfahren, was sinngemäß auch für die Zeit vor Einleitung dieses Verfahrens zu gelten hat, nur zulässig, wenn die Gegenforderung anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist.

Die Vorschrift des § 394 Satz 1 BGB (126) will verhindern, daß eine der Pfändung nicht unterworfenen (Passiv-) Forderung dem Schuldner erhalten bleibt, also auch nicht durch die Aufrechnung,

-
- 125) Für das Steuerrecht enthält § 33 Abs. 1 BeitrO eine weitere rechtssatzmäßige Ausgestaltung dieses Grundsatzes. Danach kann der Vollstreckungsschuldner einer Steuerforderung nur gegen die in § 6 Abs. 3 Nr. 1 - 3 BeitrO bezeichneten Steueransprüche also nicht gegen die Erzwingungs-, Sicherungsgelder und Geldbeträge aus Straffällen aufrechnen. Vgl. § 84 Abs. 2 Satz 2 EBG. Art. 205 Abs. 4 wüEVRO sieht die Anwendung von § 393 BGB vor.
- 126) vgl. § 32 Abs. 2 Satz 1 BeitrO, § 84 Abs. 2 Satz 1 EBG

welche den Erfolg einer "Exekution" hat, zum Erlöschen gebracht werden kann. Die Interessenlage ist auch für das Verwaltungsrecht kongruent, weshalb ein Bedürfnis für die Anwendung des § 394 BGB besteht (127).

§ 394 Satz 2 BGB schränkt das Aufrechnungsverbot insbesondere für das Gebiet der Sozialversicherung ein, indem er die Aufrechnung mit geschuldeten Sozialversicherungsbeiträgen zuläßt. § 394 Satz 2 BGB setzt die Unpfändbarkeit der in dieser Vorschrift genannten "Hebungen" voraus. Entfällt die Unpfändbarkeit, bleibt die Aufrechnung unbeschränkt zulässig (128).

§ 394 Satz 2 BGB enthält also keine Regelung, welche die Aufrechnung im Sozialversicherungsrecht - mit Ausnahme von Beitragsforderungen - für unzulässig erklärt. Diese Lücke kann nur durch ein Aufrechnungsverbot im öffentlichen Recht geschlossen werden (129).

Vor der Geltung des Bundessozialhilfegesetzes von 1961 wurde die Unzulässigkeit der Aufrechnung gegenüber dem Anspruch auf Fürsorgeleistungen damit begründet, daß der Zweckgedanke der Aufrechnung

127) Vgl. Art. 205 wüEVRO; für die Anwendung im Beamtenrecht Sussmann, S. 28.

128) Vgl. § 850 b Ziff. 4 ZPO, aber auch § 93 Abs. 1 AV AVG, § 84 Abs. 1 BBG.

129) So geschehen durch §§ 223, 622 RVO; §§ 78, 91 AVG; § 70 des Gesetzes zur Anpassung des Rechts der Sozialversicherung an das in der BRD geltende Recht (beschlossen vom Magistrat der Stadt Berlin); § 93 AV AVG, § 90 RKG und §§ 23, 33 a BKGG.

nicht passe. Der Fürsorgeanspruch solle dem Einzelnen die notwendigsten Existenzmittel bieten. Wenn es etwa zulässig sei, gegen den Anspruch eines Privaten auf öffentlichrechtliche Unterstützungs- oder Krankenversicherungsgelder aufzurechnen, so würde der Empfangsberechtigte der öffentlichen Wohlfahrt doch weiterhin zur Last fallen. Der Staat habe im Einzelfall nichts erspart, da er dieselben Beträge wieder aufbringen müsse (130). Damit werde jedoch keine Förderung und Erleichterung des Wirtschaftsverkehrs erreicht.

Der Bayrische Verwaltungsgerichtshof (131) argumentierte, daß der Anspruch auf Fürsorge (heute: Sozialhilfe) ein höchstpersönliches Recht sei, welches nach § 399 BGB nicht abtretbar, deshalb nach § 851 ZPO nicht pfändbar sei, weshalb gemäß § 394 BGB eine Aufrechnung nicht statthaft sei.

In § 4 Abs. 1 BSHG vom 30.6.1961 ist die Pfändung ausgeschlossen worden, so daß eine Aufrechnung nach § 394 Satz 1 BGB unzulässig ist.

3.) § 395 BGB

Die Regelung des § 395 (132) BGB schafft ein Privileg zu Gunsten der genannten Gemeinwesen,

130) von Löbbecke, S. 62.

131) Bayr. VGH vom 20. Okt. 1952, 34 VI 50, zitiert bei Jehle, S. 111

132) Art. 205 Abs. 3 wüEVRO sah die Anwendung des § 395 BGB vor. - In der Deutschen Demokratischen Republik keine Aufrechnung gegen Forderungen volkseigener Betriebe, OGZ Berlin Ost BB 1952, 270. - Da mit dem Zusammenbruch des Deutschen Reiches auch die meisten Kassen aufgelöst wurden erwies es sich als notwendig, durch § 17 Kriegsfolgenengesetz den § 395 BGB einzuschränken.

gegen deren Forderungen die Aufrechnung zwar eingeschränkt ist, die jedoch ihrerseits unbeschränkt aufrechnen können. Sie sagt nichts über die Zulässigkeit der Aufrechnung von privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Forderungen gegeneinander aus. Sie wird direkt nur auf privatrechtliche Forderungen angewendet. Ist eine öffentlichrechtliche Forderung beteiligt, wird diese Vorschrift analog angewendet (133).

Die Vorschrift des § 395 BGB ersetzt nicht das Erfordernis der Gegenseitigkeit durch die Identität der beteiligten Kassen, sondern setzt die Gegenseitigkeit voraus. So ist z.B. die Aufrechnung gegen eine Forderung des Staates mit einer Forderung, die sich gegen eine Gemeinde richtet, auch dann ausgeschlossen, wenn beide Forderungen zum Geschäftsbereich derselben Kasse gehören (134) (135).

133) Anm. 46, 47; die wohl überwiegende Mg. - BGB - EGRK zu § 395 sieht diese Frage als streitig an und läßt ihre Beantwortung offen - erblickt in § 395 BGB eine Durchbrechung des Prinzips, daß das BGB nur privates Recht enthalte, und will diese Vorschrift für die Aufrechnung im öffentlichen Recht direkt anwenden, so Schultzenstein VerwArch. 26, 472, Behr DJZ. 1916, 772. - Eine ausdehnende analoge Anwendung auf Forderungen anderer als der genannten Subjekte hoheitlicher Gewalt ist wohl wegen des besonderen Ausnahmecharakters dieser Vorschrift auch dann abzulehnen, wenn dieses Subjekt hoheitlicher Gewalt (ebenfalls) mehrere Kassen hat (z.B. Sozialversicherung).

134) vgl. Anm. 102.

135) § 395 BGB hilft nicht, die Unsicherheit bezüglich der Feststellung des Gläubigers einer öffentlichrechtlichen Forderung zu beseitigen, vgl. S. 41 ff.

§ 395 BGB ist geschaffen worden, um kassentechnischen Schwierigkeiten bei der Beteiligung von zwei Kassen an der Aufrechnung vorzubeugen. Diese entstehen nicht, wenn die privilegierten Forderungsinhaber aufrechnen. Die Verrechnung erfolgt sodann nach der in den §§ 53 AKO, 32 - 34 BeitrO vorgeschriebenen Weise. Sie treten vielmehr auf, wenn bei einer Aufrechnung gegen eine Forderung der genannten Forderungsinhaber mit einer Forderung aufgerechnet wird, die von diesen bestritten wird. Materiellrechtlich ist das Ergebnis zwar eindeutig. In der Praxis steht dann jedoch nicht fest, ob die Kasse, aus welcher die (Aktiv-) Forderung zu berichtigen wäre, den Zahlungsausgleich mit der Kasse herbeiführen muß, welche die (Passiv-) Forderung einzieht, oder ob die letztgenannte Kasse weiterhin die Einziehung der Forderung zu betreiben hat (136). Die drastische Lösung des § 395 BGB zur Behebung der Schwierigkeiten besteht darin, nur Aufrechnungen zuzulassen, die von vornherein auf eine Kasse konzentriert sind.

Das Privileg des § 395 BGB bedarf der genauen Abgrenzung, welche sich über die Bestimmung des Begriffs "Kasse" erreichen läßt. Als Kasse ist eine Dienststelle zu bezeichnen, welche Einzahlungen annimmt und Auszahlungen leistet und die

136) Bei größeren Unternehmungen der privaten Industrie und des Handels, bei Filialketten treten dieselben Schwierigkeiten auf, mit denen diese Firmen fertig werden müssen. Von einer Verschiedenartigkeit der Interessenlage im öffentlichrechtlichen und im privatrechtlichen Zahlungsverkehr läßt sich nicht sprechen, vgl. Anm. 37.

angenommenen oder ausgezahlten Beträge bucht (137). Ihre Eigenschaft als Kasse wird nicht dadurch aufgehoben, daß sie nur Einnahmen annimmt oder nur Auszahlungen leistet. Es entspricht der Reichskassenordnung (138), daß die Kassen als Teile von Verwaltungsbehörden an deren Organisation teilhaben. Jedoch wird dadurch nicht die Möglichkeit ausgeschlossen, daß eine Kasse eine selbständige Behörde sein kann.

Die Kassenorganisation des Bundes und der Länder ist dreistufig. Die Zentralkasse des Bundes ist die Bundeshauptkasse. Im stufenweisen Aufbau folgen die Oberkassen und schließlich die Amtskassen (139). Während es bis zum Erlaß der Reichskassenordnung noch etwa viertausend Kassen gab, wurde durch die Einführung der Einheitskasse (140) eine wesentliche Vereinfachung des Zahlungsverkehrs erreicht. Diese faßt die Kassengeschäfte der an einem Ort bestehenden Behörde des Bundes zusammen. Der Einheitskasse verwandt ist die Sammelkasse (141), welche Kassengeschäfte nur teilweise übernimmt und - z.B. bei der Buchung der Einnahmen und Ausgaben - durch eine andere Stelle ergänzt wird.

Die genannten Kassen entsprechen dem Begriff der "Kasse", wie er für § 395 BGB zu entwickeln ist.

-
- 137) Begriff in RGZ 82,236, sodann Hötte - Markus, S. 115 f.; vgl. auch §§ 53 AKO, 32 - 34 BeitrO
 138) § 2 Ziff. 1 RKO
 139) § 3 RKO
 140) § 5 RKO
 141) § 5 RKO

Für den praktischen Bereich einer Aufrechnung kommen insbesondere die Amtskassen (142), d.h. die Kassen der untersten Verwaltungsebene, bzw. die Einheitskassen in Betracht.

Die Kasse ist zu unterscheiden von einer Zahlstelle (143), die organisatorisch außerhalb einer Kasse steht, für diese Einzahlungen annimmt oder Auszahlungen leistet und sodann mit der Kasse abrechnet. Die Buchführung einer Zahlstelle beschränkt sich auf einfache Aufzeichnungen, welche der sofortigen Abrechnung mit der Kasse und der unverzüglichen Ablieferung des Geldes dienen. Eine Buchführung im Sinne der Reichskassenordnung wird nicht geführt.

Auf der kommunalen Ebene finden wir die Gemeindekasse (144) (Einheitskasse) (145) und die nach Bedarf einzurichtenden Nebenkassen. Die Nebenkassen nehmen einen Teil der Kassengeschäfte der Gemeindekassen wahr. Sie führen die vorgeschriebenen Bücher, sammeln die Belege und erledigen die mit der Buchung zusammenhängenden Geschäfte. Bezüglich der Einnahmen und Ausgaben stehen sie mit der Gemeindekasse in Abrechnungsverkehr, und auch die Verbuchung erfolgt nicht in besonderer

142) vgl. Anm. 144

143) § 8 RKO

144) ... oder Stadtkasse, Amtskasse, Kreiskasse etc.; vgl. § 9 ff. KurVO

145) Dieser Begriff ist nicht mit dem im staatlichen Kassenrecht gleichzusetzen. Dort ist nur eine organisatorische Zusammenfassung gemeint. Dazu näher bei Helmert, S. 342.

Rechnung, sondern wird in den Büchern der Gemeindegassen miterfaßt. Hauptsächlich deshalb ist die Nebenkasse nicht als Kasse im Sinne des § 395 BGB anzusehen.

Deshalb kann eine Aufrechnung nicht ausgeschlossen werden, wenn beteiligt sind (146): die Hauptkasse der Gemeinde und Krankenhaus- Nebenkasse (als Rechtsgrundlage der beteiligten Forderungen kommen in Betracht Handwerkerleistungen und Leistungen des Krankenhauses), die Krankenhaus- Nebenkasse und Schlachthofkasse (Fleischlieferung und Kühlhausmiete). Der Zweck des § 395 BGB wird durch dieses Ergebnis nicht beeinträchtigt. Er liegt in der Förderung des reibungslosen Ablaufs der Verwaltung, wobei auf die selbständige Organisation der einzelnen Kassen Rücksicht genommen wurde. Da jedoch die Nebenkassen organisatorisch nicht selbständig sind, läßt sich der Vollzug der Aufrechnung ohne besondere Schwierigkeiten durch Verwaltungsvorschriften durchführen. Dagegen fällt eine Sonderkasse der Gemeinde (147), die außerhalb des gemeindlichen Kassensystems steht, und deren Tätigkeit zu einer besonderen Rechnung neben der allgemeinen Jahresrechnung der Gemeinde führt, unter den Kassenbegriff des § 395 BGB. Ihre Einrichtung ist zulässig für rechtlich selbständige Stiftungen, bzw. unselbständige Stiftungen mit eigenem Haushaltsplan und - der praktisch wichtigere Fall - für die Eigenbetriebe der Gemeinde

146) Schneider in Der Gemeindehaushalt 1962, 226
 147) § 10 KurVO

(z.B. Stadtwerke) (148).

4.) § 124 AO

Die Vorschrift des § 124 AO läßt die Aufrechnung gegen Steuerforderungen nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen zu (149), die sowohl dem öffentlichen als auch dem privaten Recht entstammen können (150). Für die Aufrechnungsbefugnis des Finanzamtes trifft § 124 AO keine Bestimmung. Für sie gelten die §§ 387 ff. BGB analog ohne die Einschränkungen des § 124 AO (151).

§ 124 AO ist auf diejenigen Steuern anzuwenden, die von dem Geltungsbereich der Abgabenordnung erfaßt werden. Danach gilt die Abgabenordnung für öffentlichrechtliche Abgaben (152), die nach Art. 105 Abs. 1 und 2 GG der Gesetzgebung des Bundes unterliegen und durch Bundes- oder Landesfinanzbehörden verwaltet werden (§ 3 Abs. 1 AO).

148) Nach Hötte-Markus, S. 115 f., ist es bedenklich, hier den § 395 BGB anzuwenden.

149) Vgl. die angepaßte Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des privaten Bankgewerbes i.d.F. von 1955 Nr. 2 Ziff. 1 Satz 2 und der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Sparkassen i.d.F. von 1957 Nr. 2 Ziff. 5; vgl. auch Art. 205 Abs. 2 wüEVRO, § 8 Abs. 2 JBeitrO.

150) h.Mg., vgl. Becker - Riewald - Koch § 124 Anm. 2, RGZ 93, 57; früher str., vgl. Lang JW 1921, 550

151) Auch § 32 Abs. 1 Satz 1 BeitrO, worin die Aufrechnung mit fälligen Geldansprüchen vorgesehen ist, die dem Reich auf Grund der Steuergesetze zustehen, schließt die Aufrechnung mit anderen - auch privatrechtlichen - Forderungen nicht aus.

152) Gemeint sind hauptsächlich Steuern.

Werden die öffentlichrechtlichen Abgaben durch Bundes- oder Landesfinanzbehörden nur teilweise verwaltet, so gilt gemäß § 3 Abs. 2 AO die Abgabenordnung soweit, wie die Abgaben von diesen Behörden verwaltet werden. Für die Realsteuern, soweit sie von den Gemeinden ausschließlich verwaltet werden, finden ausdrücklich nur die in § 3 Abs. 3 AO genannten Vorschriften Anwendung, unter denen § 124 AO nicht erwähnt ist. Diese Auslassung beruht nicht etwa auf einem Redaktionsversehen. Danach läßt sich ganz allgemein sagen, daß § 124 AO für die Aufrechnung Anwendung findet, wenn Steuerforderungen der Finanzämter beteiligt sind (153).

Für eine wenigstens analoge Anwendung des § 124 AO auf die Aufrechnung gegen Gemeindesteuern und darüber hinaus die sonstigen Abgaben mag sprechen, daß auch diese zur Deckung des öffentlichen Finanzbedarfs dienen. Die Regelung des § 124 AO knüpft jedoch an einen exzeptionellen Sachverhalt an. Es lag die Auffassung zugrunde, daß die Aufrechnung gegen Steuerforderungen (des Staates) grundsätzlich unzulässig sei (154). Der Ausgangspunkt der gefundenen Regelung des (damaligen) § 103 RAC war die Erwägung, daß es den Steuerpflichtigen nicht zuzumuten sei, zu Gunsten des Notopfers Vermögen flüssig zu machen, wenn ihnen nach dem Friedensvertrag liquide Entschädigungsforderungen gegen das Reich zustünden (155). Der Zweckgedanke

153) vgl. von Löbbecke, S. 89

154) sog. privilegium fisci, vgl. von Löbbecke, S. 89

155) Becker, 2. Aufl., § 103 Anm. 1

des § 124 AO ist also die Lockerung eines Aufrechnungsverbot (156). Er läßt sich nicht übertragen, weil nach der hier vertretenen Auffassung eine Aufrechnung gegen Steuerforderungen grundsätzlich zulässig ist.

Dementsprechend scheidet auch die Anwendung des § 124 AO auf alle anderen öffentlichrechtlichen Forderungen aus. Abhilfe könnte hier nur der Gesetzgeber schaffen (157).

Es wird auch die Auffassung vertreten, daß § 124 AO einen allgemeinen Rechtsgedanken enthält, welcher unmittelbar anzuwenden sei (158). Weitergehend ist im § 124 AO eine allgemeine Regelung für diejenigen Fälle erblickt worden, in denen über Forderung

156) vgl. Anm. 42 - 44

157) In Berlin, Hamburg, Bremen, Rheinland-Pfalz, Baden-Württemberg und Niedersachsen sind Gesetze ergangen, die zur Anwendung der AO im Gemeindeabgabenrecht Stellung nehmen; vgl. Becker - Riewald - Koch § 3 Anm. 5.

158) Für das Abgabenrecht: Bayr. VGH KStZ 1958, 75: allgemeiner Rechtsgedanke (betr. Gemeindeabgabenrecht), daß Aufrechnung nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Ansprüchen zulässig sei, bzw. wenn im gleichen Verfahren über beide Ansprüche zu entscheiden sei.

OVG Mstr. BB 1956, 22: § 124 AO enthält allgemeinen Rechtsgedanken im Abgabenrecht. OVG Mstr. vom 23.3.1960 III A 983/56 (unveröffentlicht): § 124 AO enthält einen allg. Rechtsgedanken im Abgabenrecht.

Für alle öffentlichrechtlichen Forderungen:

Nebinger, S. 57; von de Sandt § 108 Anm. 7 (S. 178); Wolff I bis 3. Aufl., § 44 I e (S. 224) sehen in § 124 AO einen allgemeinen Rechtsgedanken für alle öffentlichrechtlichen Forderungen.

Desgleichen mit im wesentlichen prozeßrechtlicher Begründung: Hatschek, S. 55; Adolf Stölzel, S. 39. Schließlich OVG Mstr. DOV 1961, 55 schließt sich dem Bayr. VGH KStZ (Forts.)

und Gegenforderung verschiedene Behörden zu entscheiden haben (159). Diese Auffassung hat zu der Präzisierung geführt, daß eine Aufrechnung gegen öffentlichrechtliche Ansprüche nur zulässig sei, wenn über beide Ansprüche in demselben (gerichtlichen) Verfahren zu entscheiden sei. Während der Bayrische Verwaltungsgerichtshof (160) zu dieser besonderen Ausprägung des angeblich in § 124 AO enthaltenen allgemeinen Rechtsgedankens nur für das Gebiet der Gemeindeabgaben gekommen ist, bezieht sich die - allerdings für den Ausgang des Rechtsstreits nicht bedeutsame - Ansicht des Oberverwaltungsgerichts in Münster ganz allgemein auf öffentlichrechtliche Ansprüche (161). Letztere Entscheidung berücksichtigte nicht die zuvor ergangene Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (162), worin die Aufrechnung gegen öffentlichrechtliche Ansprüche ohne Einschränkung zugelassen wird. Ebenso trug die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts in Münster der zuvor ergangenen Entscheidung des Bayrischen Verwaltungsgerichtshofs (163) keine Rechnung, in welcher selbst für das Gebiet der kommunalen Abgaben von der früheren Rechtsprechung abgegangen worden war.

1958, 75 an, bezieht sich jedoch nicht auf das Gemeindeabgabenrecht.

- 159) Walter Jellinek, S. 238 m.w.N.; dazu Anm. 160 und 161 Teil I, a.A. Hecker DÖV 1952, 7 ff.
- 160) Bayr. VGH KStZ 1958, 75
- 161) OVG Mstr. DÖV 1961, 555
- 162) BVerwG DVBl. 1960, 36, diese Entscheidung widerspricht auch der Anwendung des allgemeinen Rechtsgedankens.
- 163) Bayr. VGH DVBl. 1960, 646

Die Auffassung, daß eine Aufrechnung gegen öffentlichrechtliche Ansprüche nur bei gleichzeitiger Entscheidung in demselben Verfahren zulässig sei, bedeutet gegenüber § 124 AO eine inhaltliche Erweiterung. Denn nach ihm kann das Gericht auch entgegen dem Willen der Behörde die Aufrechnung zulassen. Für das Ergebnis mag mitgespielt haben, daß es der Willkür der Behörde entzogen sein soll, ob sie die Aktivforderung bestreiten will. Denn hiervon hängt das Bestehen, bzw. Erlöschen der Forderungen ab. Doch hilft eine Entscheidung des Bundesfinanzhofes (164) diesem Mangel ab, indem sie bestimmt, daß ein bloß formales Bestreiten ohne Angabe sachlicher Gründe nicht ausreicht. Das Vorliegen solcher Gründe ist im Einzelfall nach der Gesamtsituation objektiv festzustellen (165) (166).

Als geradezu verwirrend ist die Auffassung zu bezeichnen, welche § 124 AO keine materielle, sondern bloß formelle Bedeutung beilegen will (167). Denn damit wäre die Aufrechnung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Forderungen materiell zulässig, was eine Inkongruenz mit dem Prozeßrecht zur Folge hätte. Z.B. würde bei bestehender Aktivforderung die Passivforderung zwar erlöschen, jedoch könnte die Behörde diese weiterhin - im Falle des Bestreitens der Aktivforderung -

164) BFH BStBl. III 1955, 32

165) BFH HFR 1961, 110

166) Sussmann, S. 32 f.

167) Sussmann, S. 57; Mrozek - Arlt § 103 Anm. 3

selbständig geltend machen (168). Der Verstoß gegen Art. 19 IV GG liegt nahe.

Der Vorteil, den die Anwendung des § 124 AO bietet, bezieht sich in erster Linie auf das (vor)prozessuale Verfahren (169). Bestreitet die Behörde, ist der Einwand der Aufrechnung nicht mehr zu berücksichtigen. Der Gläubiger hat diese in einem besonderen Verfahren geltend zu machen, so daß auch eine Verfahrensaussetzung bis zur Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung unzulässig ist (170).

5.) Das Verhältnis von § 124 AO und § 395 BGB

Während die Vorschriften der Beitreibungsordnung und Amtskassenordnung die kassentechnischen Schwierigkeiten bei der Aufrechnung seitens einer Steuerbehörde oder eines Subjektes hoheitlicher Gewalt beseitigen, führen die §§ 124 AO und 395 BGB bei einer Aufrechnung gegenüber einer Forderung dieser Gläubiger zu demselben Ziel. Dabei ist die Anwendung des § 124 AO auf die Steuerforderung beschränkt worden.

Offen bleibt die Frage, ob die Regelung des § 395 BGB ergänzend neben § 124 AO im Recht der Steuern und Abgaben angewendet werden kann.

168) Diese Mg. kann sich auf die nicht sehr klar als materiellrechtlich gekennzeichnete Ansicht der in Anm. 159 - 161 erwähnten Stimmen berufen; dazu insbes. S. 87.

169) vgl. S. 78 f.

170) S. 88 ff.

Hiergegen bestehen grundsätzlich keine Bedenken (171). Hinzu kommt, daß sich die Interessenlagen decken, soweit es sich um die Behebung der kassentechnischen Schwierigkeiten handelt. Diese löst § 124 AO, indem er bei einer Aufrechnung seitens eines Schuldners Klarheit schafft. Bestreitet die Behörde nicht, oder ist die Aktivforderung rechtskräftig festgestellt, so wird die Aufrechnung des Steuerschuldners kassentechnisch so behandelt, als habe die Steuerbehörde selbst aufgerechnet. Wird die Aktivforderung mit der Wirkung der Unzulässigkeit der Aufrechnung bestritten, hat die Kasse, an welche die Aktivforderung zu berichtigen ist, diese einzuziehen. Damit ist die Bestimmung des § 395 BGB, welche den Aufrechnungsvorgang an einer Kasse zusammenfaßt, überflüssig geworden.

Die Geltung des § 124 AO führt also für sich allein zu einem befriedigenden Ergebnis, so daß im Steuerrecht durch § 395 BGB keine Lücke zu schließen ist (172).

171) BGB wird auch im Steuerrecht angewendet, vgl. Anm. 4

172) Becker - Riewald - Koch § 124 Anm. 2 b; Hübschmann - Hepp - Spitaler § 124 Anm. 7 m.w.N.; vgl. auch Erlaß der Hansestadt Hamburg, Finanzbehörde vom 9. Juni 1949, StuzBl. 1949, 180: Danach soll entgegen einer geübten Praxis die Aufrechnung im Rahmen des § 124 AO nicht mehr durch die Anwendung des § 395 BGB beschränkt werden; ein Hinweis auf die gegenteilige Auffassung findet sich in BVerwG KStZ 1961, 54 (S. 55, erste Sp.).

II. Teil

Die Aufrechnung im Prozeß

§ 4 Der Begriff der Aufrechnung im Prozeß.

Es ist zu unterscheiden zwischen der Erklärung der Aufrechnung (§ 388 BGB) und der Geltendmachung der erklärten Aufrechnung im Prozeß. Die Erklärung der Aufrechnung ist ein materiell rechtliches Gestaltungsgeschäft, welches sich analog bürgerlich-rechtlichen Vorschriften beurteilt. Die Geltendmachung der Aufrechnung ist die Behauptung des Beklagten im Prozeß, daß der Anspruch des Klägers durch Aufrechnung erloschen sei. Darauf sind die Vorschriften des Prozeßrechts anzuwenden.

Die Erklärung der Aufrechnung kann vor oder während eines Prozesses sowohl vom Beklagten als auch vom Kläger abgegeben werden. Die Geltendmachung der Aufrechnung ist ein Einwand des Beklagten, der sich auf die Tatsache des Erlöschens der Hauptforderung stützt. Er führt, ohne die Klage unschlüssig zu machen, zur Abweisung der Klage als unbegründet. Das Erlöschen der Hauptforderung als Grundlage des Einwandes der Aufrechnung muß der Beklagte beweisen (1).

Der Begriff der Aufrechnung im Prozeß als einer Einwendung gilt gleichermaßen für das Verwaltungsstreitverfahren wie für den Zivilprozeß. Ein Unterschied ergibt sich nur bei der Beweislast, insoweit das Verwaltungsstreitverfahren vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird. Dieser befreit

1) Rosenberg § 104 I (S. 502 f.), § 103 II 2 b, c (S. 500)

von der Beweisführungslast, jedoch nicht davon, daß sich die Ungeklärtheit des Sachverhalts zu Ungunsten desjenigen auswirkt, für den der ungeklärte Sachverhalt die Voraussetzung einer ihm günstigen Gesetzesvorschrift gewesen wäre (2).

Eine besondere Stellung nimmt die Anfechtungsklage ein, bei welcher ebenso wie den anderen im Zusammenhang erörterten Rechtsbehelfen die Aufrechnung nicht zur Verteidigung, sondern zur Klagebegründung geltend gemacht wird.

§ 5 Die Zulässigkeit des Rechtsweges

1.) Der Begriff der Zulässigkeit des Rechtsweges, bzw. des Streitgegenstandes

Wegen der möglichen Beteiligung von zwei Forderungen aus verschiedenen Rechtsgebieten bedarf es der Erörterung der Zulässigkeit des Rechtsweges. Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten gehören vor die ordentlichen Gerichte (§ 13 GVG), für die verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben (§ 40 VwGO). Ob ein Rechtsstreit dem bürgerlichen oder dem Verwaltungsrecht zuzuordnen ist, richtet sich danach, welchem Rechtsgebiet der Streitgegenstand angehört.

Der Begriff des Streitgegenstandes ist in der Lehre vom Zivilprozeß umstritten. Für das Verwaltungsprozeßrecht gewinnt er seine besondere Bedeutung bei der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage. Im folgenden kann aber davon ausgegangen

2) von Brauchitsch - Ule § 86 Anm. III 1, 2
(S. 301 f.)

werden, daß der Streitgegenstand für die verwaltungsrechtliche Leistungsklage und den Zivilprozeß einheitlich zu bestimmen ist (3).

Unter den verschiedenen Autoren scheint insoweit Einigkeit zu bestehen, daß der Streitgegenstand das auf rechtskräftige Feststellung einer Rechtsfolge - des bürgerlichen oder des öffentlichen Rechts - gerichtete Begehren enthält. Während die eine Meinung (4) das Klagebegehren allein durch den gestellten Antrag gekennzeichnet sehen möchte, gibt es die andere Auffassung (5), daß es der Individualisierung des Antrages durch den Tatsachenvortrag bedarf.

Dieser Begriff des Streitgegenstandes zeigt, daß es allein der Klageanspruch ist, welcher den Streitgegenstand kennzeichnet. Dieser wird bei der Aufrechnung materiellrechtlich von der Passivforderung getragen. Der auf Grund der materiellen Forderung geltend gemachte Anspruch des Klägers richtet sich auf eine Rechtsfolge desjenigen Rechtsgebietes, dem die Forderung angehört. Danach läßt sich sagen, daß der Streit über die Aufrechnung zweier Forderungen, von denen eine dem bürgerlichen und die andere dem öffentlichen Recht angehört, von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden ist, wenn die Passivforderung dem bürgerlichen Recht

3) Eyermann - Fröhler § 82 Rand - Nr. 3 (S. 451), § 121 Rand - Nr. 10 a - c (S. 588 f.)

4) Rosenberg § 88 (S. 414 ff.) insbes. II 2 (S. 420 f.)

5) Lent § 37 (S. 107 ff.), insbes. III (S. 108 ff.)

zuzuordnen ist, dagegen zur Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zu rechnen ist, wenn die Passivforderung dem öffentlichen Recht angehört.

Die Zulässigkeit des Rechtsweges impliziert die Befugnis des angerufenen Gerichts, über einen rechtshängigen, d.h. vom Streitgegenstand umfaßten Anspruch eine rechtskräftige Entscheidung zu treffen. Da zum Streitgegenstand nicht der gesamte Prozeßstoff, insbesondere nicht die vom Beklagten eingeführten Verteidigungsmittel gehören, ergeht die rechtskräftige Entscheidung ebenfalls nicht über die zur Verteidigung geltend gemachten Gegenansprüche. Während es also keinen Zweifel gibt, daß eine rechtskräftige Entscheidung über den Klageanspruch und damit über die Passivforderung ergeht, ist die Wirkung dieser Entscheidung auf eine dem Rechtsweg entzogene Aktivforderung umstritten.

2.) Die Notwendigkeit einer Sachentscheidung

Wenn das Gericht den Aufrechnungseinwand prüft, muß es regelmäßig über die Entstehung der Klageforderung und der Gegenforderung und ihren Fortbestand bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Aufrechnung einerseits und andererseits über die Zulässigkeit und Wirksamkeit der Aufrechnung entscheiden (6). Läßt man mit der h.Mg. die Aufrechnung zwischen Forderungen verschiedener Verfahrensarten sachlich zu, so muß auch verfahrensmäßig die

6) Stein - Jonas - Schönke § 145 VI 3 a

Möglichkeit bestehen, den durch die Aufrechnung geschaffenen Rechtszustand, d.h. die Tilgung der Klageforderung, festzustellen. Wer die Zulässigkeit der Aufrechnung sachlichrechtlich bejaht, darf nicht den Aufrechnungseinwand als unzulässig oder unstatthaft im Prozeß zurückweisen. Eine solche Zurückweisung liefe auf eine nach Art. 19 IV GG unzulässige Rechtsverweigerung gegenüber dem Beklagten hinaus, der rechtskräftig zur Zahlung verurteilt würde, obwohl die Klageforderung bereits durch die von ihm erklärte Aufrechnung erloschen ist. Das der Klage stattgebende Urteil entspräche nicht der Rechtslage (7).

Schönke vertrat die Auffassung, daß eine Entscheidung über einen dem Rechtsweg entzogenen streitigen Anspruch schlechthin versagt sei (8) und mithin solche Gegenforderungen im Prozeß nicht zur Aufrechnung gestellt werden können (9). Anscheinend geht diese Meinung davon aus, daß wegen der Teilnahme einer ergehenden Entscheidung an der Rechtskraft eine nicht hinzunehmende Kompetenzüberschreitung eintritt. Der Bundesgerichtshof (10) hat diese Auffassung als unrichtig zurückgewiesen, weil sie wegen der an anderer Stelle wahlweise zugelassenen Verfahrensaussetzung (11) und damit auch zugelassenen rechtskräftigen

7) Stein - Jonas - Schönke wie Anm. 6, BGH 16, 124 mw.N.

8) Stein - Jonas - Schönke II c IV vor § 1

9) Stein - Jonas - Schönke § 322 VI 4

10) BGH 16, 124

11) Stein - Jonas - Schönke § 145 VI 3 a 2. Abs.

Sachentscheidung inkonsequent sei. Der Bundesgerichtshof weist zu Recht auf einen Widerspruch hin. Ein Vergleich der neuesten 18. Auflage mit der 17. Auflage des Kommentars von Stein - Jonas - Schönke ergibt, daß sich die Auffassung geändert hat. So wird erstmals in der neuesten Auflage für die Zulässigkeit der Aufrechnung in demselben Verfahren angeführt, daß es nicht der Sinn der Rechtswegvorschriften sein könne, in der Praxis ein materieller Aufrechnungsverbot aufzustellen (12). Die abweichenden Stellen (13) sind aus der Voraufgabe übernommen und offenbar durch ein Redaktionsversehen nicht überarbeitet worden (14).

Ähnlich inkonsequent ist die Ansicht von Heine (15), wonach der Prozeßrichter nach freiem, pflichtgemäßem Ermessen von der Aussetzungsbefugnis nach § 148 ZPO Gebrauch machen könne, daß er aber hierzu nicht verpflichtet sei, sondern die Gegenforderung als im gegenwärtigen Verfahren unstatthaft zurückweisen könne. Denn mit der Annahme der Aussetzungsmöglichkeit ist die Entscheidungsbefugnis des Prozeßgerichts verbunden, welche eine Zurückweisung ausschließt. Im übrigen läuft diese Ansicht ebenso wie die in der Voraufgabe von Stein - Jonas - Schönke vertretene Auffassung auf eine Rechtsverweigerung hinaus.

12) Bei der Stelle wie die vorangehenden Anm. 11 und 7.

13) Vgl. die vorangehenden Anm. 8 und 9.

14) Stein - Jonas - Schönke II c IV vor § 1 und §.322 VI 4 entsprechen sich wörtlich für die 17. und 18. Auflage.

15) Heine Gruchot 62,212 ff., 229

3.) Die Entscheidung durch das Prozeßgericht

Soweit es sich um die Zulässigkeit und wirksame Erklärung der Aufrechnung handelt, kann nur ein Gericht für die Passiv- und Aktivforderung die Entscheidung treffen, und zwar das Prozeßgericht.

Es sind Fälle denkbar, in denen das Klagevorbringen die privatrechtliche Natur des erhobenen Anspruchs außer Zweifel zu lassen scheint und erst das Verteidigungsvorbringen der verklagten Partei ergibt, daß es sich in Wahrheit um einen der Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte nicht unterworfenen Anspruch aus dem Gebiet des öffentlichen Rechts handelt. Immer aber bleibt die Natur des Klageanspruchs dabei maßgebend. Ergibt sich aus dieser die Zulässigkeit des Rechtsweges, so kann die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nicht dadurch beseitigt werden, daß die verklagte Partei eine Gegenforderung aus einem mit dem Klageanspruch an sich in keinerlei Zusammenhang stehenden Verhältnis öffentlichrechtlicher Art in den Streitstoff einführt und geltend macht (16).

4.) Das Problem der Rechtsverletzung

a) Der Vergleich der Aufrechnung mit einer Vorfrage

Mit der Entscheidung über die Aufrechnung und damit über den Untergang der dem Rechtsweg entzogenen Forderung ist allein noch keine Rechtswegverletzung gegeben. Für die sogenannten Vorfragen aus einem anderen Rechtsgebiet, welche zur Entscheidung des Rechtsstreits notwendig beantwortet werden müssen,

16) RGZ 77, 411

ist es anerkannt, daß sie ohne Einwirkung auf die Zulässigkeit des Rechtsweges entschieden werden können (17).

Eine Rechtswegverletzung kann nur eintreten, wenn das Gericht mit Rechtskraft entscheidet. Deshalb lehnt die h.Mg. (18) zu Recht ab, daß die Vorfragen an der Rechtskraft teilnehmen. Anderer Ansicht sind heute nur noch Rosenberg (19) und Bettermann (20). Rosenberg beruft sich auf die Aufrechnung, die er zu Recht im gewissen Umfang mit einer Vorfrage vergleicht. Er möchte die Vorfragen ebenso wie den Einwand der Aufrechnung rechtskräftig entscheiden.

b) Die Rechtskraft einer Entscheidung

Doch ist die Aufrechnung nur beschränkt mit einer Vorfrage zu vergleichen. Diese betrifft in der Regel keinen Anspruch, welcher selbständig auf dem zulässigen Rechtsweg geltend gemacht werden kann. Um deshalb mögliche zwiespältige Entscheidungen zu vermeiden, ergibt sich die Notwendigkeit, eine Entscheidung mit der Rechtskraft zu versehen. Sofern der für die Klage zuständige Zivilrichter über die an sich seiner Zuständigkeit entzogene Gegenforderung sachlich entscheidet, muß auf jeden Fall die

-
- 17) Stein - Jonas - Schönke II C 4 vor § 1; für den Verwaltungsprozeß: VGH Stuttgart VRspr. 9,257
 - 18) BGH 16, 124; 20, 379; früher str., Übersicht bei Stein - Jonas - Schönke § 145 VI 3 und Note 25
 - 19) Rosenberg § 11 IV 3 (S. 49)
 - 20) Bettermann, S. 84 ff.

Rechtskraftwirkung des § 322 Abs. 2 ZPO eintreten (21) (22). Es könnten sonst der Verbrauch der aufgerechneten Aktivforderung zu Gunsten des Klägers und die Aberkennung der Aktivforderung zu Gunsten des Beklagten durch Klage vor dem an sich zuständigen Verwaltungsgericht beseitigt werden. Die Verwaltungsgerichte wären gemäß § 17 Ziff. 4 GVG an die rechtskräftige Entscheidung des Zivilgerichts gebunden. Das würde einen Verstoß gegen § 13 GVG bedeuten. Entsprechendes gilt für die Bindung des Zivilrichters an die Entscheidung des Verwaltungsgerichts, soweit deren Rechtskraft reicht (23).

Gegen eine Entscheidung mit Rechtskraft hat sich in der neueren Literatur Hecker gewandt (23a). Er weist darauf hin, daß § 322 Abs. 2 ZPO eine Ausnahme von der Regel sei, wonach über nicht rechtshängige Elemente, insbesondere Vorfragen nicht rechtskräftig entschieden werden könne. Für die dem Rechtsweg entzogenen Gegenforderungen soll zur Regel zurückgekehrt werden, nach welcher die Entscheidung über sie nicht an der Rechtskraft teilnimmt. Eine Entscheidung mit Rechtskraft bei

-
- 21) Nach § 167 VwGO gilt § 322 Abs. 2 ZPO für das Verwaltungsstreitverfahren entsprechend.
 22) Rosenberg § 11 IV 3, Stein - Jonas - Schönke II C 4 vor § 1; Hecker DÖV 1952, 7 ff. m.w.N.; Heine Gruchot 62, 212 ff. für den Fall der Klageabweisung.
 23) BGHZ 9, 329 (331)
 23a) Hecker DÖV 1952, 7

Unzulässigkeit des Rechtsweges sei ein Verstoß gegen die Zulässigkeit des Rechtsweges (23b).

Die Bedenken, daß das Prozeßgericht insoweit über eine dem Rechtsweg entzogene Forderung entscheidet, haben zurückzutreten hinter den Grundsatz, daß Rechtsschutz zu gewähren ist. Dieser umfaßt eine rechtskraftfähige Entscheidung mit der Bindungswirkung der Rechtswege. Eine Übertragung der Entscheidungsgewalt auf die andere Gerichtsbarkeit, welche für die Gegenforderung zuständig ist, unterliegt denselben Bedenken. Denn dieses Gericht hätte ebenfalls über die zur anderen Gerichtsbarkeit gehörende Forderung zu entscheiden. Es ist deshalb in Kauf zu nehmen, daß streng genommen eine Rechtswegverletzung vorliegt.

c) Die Entscheidung der Aufrechnung mit einer unstreitigen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderung

Eine Rechtswegverletzung ist auch dann gegeben, wenn bei verschiedenen Rechtswegen die zur Aufrechnung gestellte Aktivforderung unstreitig oder wenn sie von der zuständigen Verwaltungsbehörde oder dem zuständigen Verwaltungsgericht rechtskräftig festgestellt worden ist. Es ist h.Mg. (24), daß

-
- 23b) RGZ 77, 411; Mallachow VerwArch. 28, 289; Josef VerwArch. 22, 389; nicht ganz eindeutig ist es, ob RGZ 77, 411 nicht doch eine wahlweise Aussetzung für möglich hält - diese Deutung jedenfalls durch BGHZ 16, 124. -; Hecker a.a.O. zitiert Mallachow a.a.O. für die Sachentscheidung, bzw. wahlweise Aussetzung.
- 24) Walter Jellinek, S. 238; Forsthoff, S. 231; Hecker DÖV 1952, 7; Stein - Jonas - Schönke § 145 VI 3 a; BGHZ 16, 124

die Zulassung der Aufrechnung für diesen Fall der Aufrechnung verfahrensmäßig unbedenklich ist. Zu Recht wird als Begründung angeführt, daß von dem Zivil- oder Verwaltungsgericht, je nachdem ob für die Klageforderung der ordentliche oder der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist, eine Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung bis zur Aufrechnung nicht verlangt wird. Es wird darauf verwiesen, daß das angerufene Gericht nur über die Aufrechenbarkeit und die Aufrechnungsbefugnis sowie über die Wirkung der Aufrechnungserklärung, d.h. über das Erlöschen oder Nichterlöschen der Klageforderung zu entscheiden hat. Es war schon immer bekannt, daß eine materiellrechtliche Einschränkung der Aufrechnung, nach welcher nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen aufgerechnet werden darf, die prozessualen Schwierigkeiten beheben kann. Das mag dazu beigetragen haben, daß wegen des verfahrensrechtlichen Ergebnisses die Aufrechnung materiellrechtlich entsprechend eingeschränkt worden ist, obgleich umgekehrt das prozessuale Recht der Durchsetzung des materiellen Rechts dienen soll (25).

Danach ist es durchaus konsequent, wenn man ebenso wie bei unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten auch bei bestrittenen Forderungen die Entscheidung der Aufrechnung durch das Prozeßgericht zuläßt.

d) Das anzuwendende Recht

Unbedenklich ist es, daß das ordentliche Gericht auf die Aufrechnung, bei welcher eine öffentlich-rechtliche Forderung beteiligt ist, öffentliches Recht anzuwenden hat. Für die den ordentlichen Gerichten zugewiesenen materiellrechtlich öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten - z.B. Anspruch aus § 839 BGB - ist dieses ohnehin unstreitig. Ebenso entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (26), daß der Zivilrichter Vorfragen des öffentlichen Rechts zu entscheiden und dafür auch öffentliches Recht anzuwenden hat.

Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß das Prozeßgericht für eine der Rechtskraft fähige Sachentscheidung, welche die Aufrechnung mit einer dem Rechtsweg entzogenen Forderung berücksichtigt, zuständig ist. Ein Urteil, welches die Aufrechnung nicht berücksichtigt (27), oder ein die Aufrechnung als unzulässig oder unstatthaft zurückweisendes Urteil, ein sogenanntes Prozeßurteil, ist deshalb auszuschließen.

e) Die Entscheidung insbesondere über die Gegenforderung. Damit verbunden: die Möglichkeit der Verfahrensaussetzung.

Damit ist jedoch nicht gesagt, daß das Prozeßgericht über das Bestehen der dem Rechtsweg entzogenen

26) Stein - Jonas - Schönte II C 4 vor § 1

27) Adolf Stölzel, S. 39; Josef VerwArch. 22,376, aufgegeben in VerwArch. 24,340; heute von niemandem mehr vertreten.

Forderung allein oder erst nach vorheriger Aussetzung und Entscheidung auf dem zuständigen Rechtsweg urteilen kann. Der Unterschied zwischen der Entscheidung über die Zulässigkeit und Wirkung der Aufrechnung und über das Bestehen der dem Rechtsweg entzogenen Forderung besteht darin, daß die erstere notwendig nur durch das Prozeßgericht ergehen kann, während für die letztere die Aussetzung denkbar ist.

Die Ansicht, daß das Prozeßgericht auch ohne wahlweise vorherige Aussetzung insoweit rechtskräftig entscheiden kann, wird allein von Baur vertreten (28). Sie verkennt nicht, daß eine Entscheidung mit Rechtskraft wegen der Bindungswirkung für die andere Gerichtsbarkeit nicht mit den §§ 13, 17 GVG im Einklang steht. Sie hält jedoch diesen Eingriff in die Entscheidungskompetenz eines Gerichts des anderen Rechtsweges für gerechtfertigt, um der Rechtswegzersplitterung vorzubeugen. Baur kann sich dabei nicht zu Unrecht auf diejenigen Autoren stützen (29), welche eine rechtskräftige Entscheidung allein durch das Prozeßgericht wahlweise neben einer Entscheidung nach vorheriger Aussetzung zulassen. Diese Ansicht mag von Bedeutung für eine Neuordnung der Rechtswegvorschriften sein, sie verträgt sich jedenfalls nicht mit dem geltenden Recht.

In diesem Zusammenhang verdienen zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs der Erwähnung. Der Entscheidung vom 30.5.1956 (30) liegt folgender Sachverhalt

28) Baur JZ 1955, 305

29) insbes. Rosenberg § 11 IV 3 (S. 49), § 104 II 2 (S. 503 f.)

30) BGHZ 21, 18

zu Grunde: Die Klägerin, welche im Verwaltungsstreitverfahren unterlegen war und gegen welche im Verwaltungszwangsverfahren wegen der Kosten vollstreckt wurde, erhob vor dem ordentlichen Gericht Vollstreckungsgegenklage mit der Begründung, sie habe mit einem privatrechtlichen Schadensersatzanspruch aufgerechnet. Der Bundesgerichtshof hat die Klage an das Verwaltungsgericht der 1. Instanz verwiesen. Insoweit ist diese Entscheidung verständlich. Nicht ganz klar ist es, wenn der Bundesgerichtshof ausführt, daß die materielle Prüfung nur dort stattzufinden habe und die Rechtsnatur des Gegenanspruchs keine Rolle spiele. Jedoch darf angenommen werden, daß der Bundesgerichtshof die Rechtsnatur der Gegenforderung lediglich im Zusammenhang mit der Zulässigkeit des Rechtsweges nicht berücksichtigen will und zur Aussetzung durch das Verwaltungsgericht zum Zwecke der Prüfung der Gegenforderung durch das ordentliche Gericht keine Stellung genommen hat.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 20. 12. 1956 (31) beschäftigt sich mit der Frage, ob eine Aufrechnung mit einer Gegenforderung, die mit einer Schiedsgerichtsklausel versehen ist, im ordentlichen Verfahren zulässig ist. Hier hat der Bundesgerichtshof die Aussetzung verneint, weil auch das Schiedsgericht über die Gegenforderung nur im Zusammenhang mit der Klageforderung entscheiden könne und damit in die Entscheidungsgewalt des Zivilgerichts eingriffe. Diese Auffassung ist abzulehnen.

31) BGHZ 23, 17

Sie macht keinen Unterschied zwischen der Entscheidung über die Aufrechnung, für welche das ordentliche Gericht zuständig ist, und der Prüfung des Bestehens der Gegenforderung bis zur Aufrechnung (32).

Die Auffassung, welche eine vorherige Aussetzung ablehnt, besagt, daß das Prozeßgericht auch über das Bestehen der dem Rechtsweg entzogenen Forderung mit Rechtskraft entscheiden darf. Sie ist abzulehnen, weil im Gegensatz zur Entscheidung über die Aufrechnung die Möglichkeit der Aussetzung gegeben ist und deshalb eine Rechtswegverletzung vermieden werden kann.

Zu dieser Ansicht gibt es noch die Alternative, das Prozeßgericht ohne Rechtskraft entscheiden zu lassen. Da sich eine Rechtswegverletzung nur bei einer rechtskräftigen Entscheidung ergeben kann,

32) Der Entscheidung des BGH zustimmend Rosenberg § 104 II 1 (S. 503) m.w.N.; u.a. RGZ 123,348: Dort wird allerdings ausgeführt, daß diese Frage nichts mit der in RGZ 77,411 behandelten Rechtswegverletzung zu tun habe.

33) BGHZ 26,304

bleiben allein die Bedenken bestehen, welche gegen eine Entscheidung mit fehlender Rechtskraft sprechen (34). Diese Ansicht wird von niemandem mehr vertreten (35). Die Stimmen, welche eine Sachentscheidung ohne Rechtskraft befürworten, lassen zugleich als Wahlmöglichkeit die Verfahrensaussetzung zu (36).

Es bleiben die Lösungsmöglichkeiten, wonach die Aussetzung wahlweise neben dem Prozeß- oder Sachurteil zuzulassen ist oder als zwingend einzuhalten angesehen wird.

Die Aussetzung erfolgt im Zivilprozeß nach § 148 ZPO, im Verwaltungsstreitverfahren nach § 94 VwGO.

Diese Vorschriften sind als Abgrenzungsnormen der Gerichtszweige aufzufassen. Sie gehören ihrem Inhalt nach in das Gebiet der Gerichtsverfassung. Sie entsprechen der sachlichen Aufteilung auf gleichgeordnete Gerichtszweige nach den Art. 96 Abs. 1 i.V. 92 GG und besagen im Grundsatz, daß ein Zweig der Gerichtsbarkeit nicht über Ansprüche mit rechtskraftfähiger Wirkung entscheiden darf, für welche ihrer Rechtsnatur nach ein anderer Zweig der Gerichtsbarkeit zuständig ist, daß vielmehr der Rechtsstreit bis zu einer Entscheidung auf dem zulässigen Rechtsweg auszusetzen ist (37).

Im Zusammenhang mit der Aussetzung ist es streitig, ob die Gegenforderung durch die Aufrechnung

34) S. 76 f.

35) Josef VerwArch. 22, 389, später aufgegeben.

36) Anm. 46 Teil II

37) Mühl NJW 1955, 1461

rechtshängig geworden ist. Die Rechtshängigkeit besagt, daß nur das befahnte Gericht mit Rechtskraft selbst entscheiden kann. Die Aussetzung hat zur Folge, daß das Gericht des zulässigen Rechtsweges mit Rechtskraft über das Bestehen der Gegenforderung entscheidet. Aussetzung und Rechtshängigkeit im anhängigen Verfahren schließen sich demnach aus. Über diesen Ausgangspunkt besteht kein Streit (38). Dagegen nehmen Rosenberg und Bettermann (39) für die Aufrechnung ausnahmsweise die Rechtshängigkeit an. Aus der Rechtskraft der Entscheidung über den Aufrechnungseinwand schließen sie, daß die Erhebung des Aufrechnungseinwandes auch die Wirkung der Rechtshängigkeit herbeiführt, welche der selbständigen klageweisen Geltendmachung der zur Aufrechnung gestellten Forderung entgegensteht. Diese Auffassung ist aus mehreren Gründen abzulehnen. Sie ist widersprüchlich, weil die einerseits zugelassene Aussetzung (40) die andererseits abgelehnte selbständige Geltendmachung (41) ausschließt. Die Rechtskraft nach § 322 Abs. 2 ZPO bedeutet eine Ausnahme von der Regel, daß über ein Verteidigungsvorbringen nicht mit Rechtskraft entschieden wird. Diese Ausnahme läßt für die Rechtshängigkeit die Regel unberührt, nach welcher zur Verteidigung vorgebrachte Ansprüche nicht rechtshängig werden. Sie werden es auch dann nicht, wenn ausnahmsweise über sie eine rechtskräftige

38) Wie die vorangehende Anm. 37.

39) Rosenberg § 104 II 1 (S. 503); dort zitiert Bettermann, S. 84 ff.; a.A. BGHZ 16, 124

40) Anm. 46 Teil II (S. 88)

41) Das folgt aus der Rechtshängigkeit, vgl. Anm. 39 auf dieser Seite.

Entscheidung ergeht (42). Zwar ergeht die rechtskräftige Entscheidung sowohl über die Wirkung der Aufrechnung als auch über das Bestehen der Gegenforderung (43), jedoch weicht das Urteil nicht von der auf dem zulässigen Rechtsweg ergangenen Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung ab. Das Prozeßgericht, welches an das Urteil des Gerichts des zulässigen Rechtsweges gebunden ist, übernimmt den Inhalt dieser Entscheidung. Die Notwendigkeit hierzu ergibt sich daraus, daß die Entscheidung über die Aufrechnung eine Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung voraussetzt und daß wegen des Erfordernisses der Bindungswirkung die Rechtskraft der Entscheidung über die Aufrechnung auch die Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung erfaßt. Die Rechtskraftwirkung der Entscheidung des Prozeßgerichts tritt erst nach der Entscheidung durch das andere Gericht ein. Ohne die Aussetzung wäre keine rechtskräftige Entscheidung durch das Prozeßgericht denkbar, es sei denn unter Verletzung des Rechtsweges. Hierin unterscheidet sich die rechtskräftige Entscheidung über die Aufrechnung von dem Normalfall einer rechtskräftigen Entscheidung.

Die prozessualen Wirkungen der Rechtshängigkeit treten also nicht ein, weil im anhängigen Prozeß die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung nicht selbständig, sondern nur als Grundlage des Anspruchs über das Nichtbestehen der Klageforderung den Gegenstand der richterlichen Entscheidung bildet.

42) Stein - Jonas - Schönke § 145 VI 3 a

43) Immer nur, soweit § 322 Abs. 2 ZPO reicht.

Dadurch daß in § 322 Abs. 2 ZPO dieser Entscheidung über eines der Urteilsmomente die Wirkung der Rechtskraft beigelegt wird, ändert sich ihre Natur nicht, wonach die Aufrechnung ein neues Verteidigungsmittel in den Prozeß einführt.

Heine (44) will neben der Aussetzung auch das Prozeßurteil zulassen. Diese Ansicht ist widersprüchlich. Denn bereits mit der Möglichkeit der Aussetzung ist auch die Sachentscheidung bejaht, welche das Prozeßurteil ausschließt. Im übrigen ist das Prozeßurteil wegen der damit verbundenen Rechtsverweigerung abzulehnen.

Die Ansicht (45), welche die im Grundsatz zulässige Aufrechnung nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen, bzw. nur bei Verfolgbarkeit im gleichen Verfahren zulassen will, ist für das prozessuale Verfahren hier einzuordnen. Weil sie die rechtskräftig festgestellte Forderung zur Aufrechnung zuläßt, ist anzunehmen, daß auch die Aussetzung zur Einholung einer rechtskräftigen Entscheidung gebilligt wird. Andererseits will sie bei rechtskräftiger Feststellung des Nichtbestehens nur die Ablehnung, d.h. für das Verfahren das Prozeßurteil zulassen. Hier zeigt sich, daß diese Ansicht wegen der Zulassung eines Prozeßurteils eine Rechtsverweigerung enthält.

44) Heine Gruchot 62,212 ff.; vgl. auch S.74

45) Anm. 159 - 161 Teil I; Anm. 167, 168 Teil I; dazu noch eine Entscheidung des württ. VGH WürttJ 22,227, ebenso Forsthoff bis 1950, ohne Berufung auf § 124 AO.

Die früher h.Mg. (46) war für eine Aussetzung wahlweise neben einer Sachentscheidung. Vorherrschend war die Auffassung, daß diese ohne Rechtskraft zu ergehen habe (47). Die Sachentscheidung, welche für sich als Möglichkeit bereits abgelehnt wurde, ist aus denselben Gründen auch nicht alternativ zuzulassen.

f) Die Aussetzung als einzige Lösungsmöglichkeit

Die richtige Lösung ist es, den Rechtsstreit auszusetzen (48). Hängt die Entscheidung von dem Bestehen oder dem Nichtbestehen der öffentlichrechtlichen Gegenforderung ab, so läßt sich eine mit den Vorschriften der §§ 13, 17 GVG, 322 Abs. 2 ZPO in Einklang stehende rechtliche Lösung nur finden, wenn man den Zivilrichter nach § 148 ZPO nicht nur für befugt, sondern als verpflichtet ansieht, die Aussetzung anzuordnen. Nur auf diese Weise kann eine unzulässige Überschneidung der verschiedenen Rechtswege für Forderung und Gegenforderung vermieden werden. Wenn es in § 148 ZPO auch heißt, daß das Gericht die Entscheidung des Rechtsstreits aussetzen kann (49), so schließt dies nicht aus,

46) Palandt-Danckelmann, 12. Aufl., § 395 Anm. 1; Rosenberg, 6. Aufl., § 11 IV 3, § 104 II 2; Friedrichs, S. 268; RGZ 77, 411 (vgl. Anm. 23 Teil II); RGZ 80, 372; 155, 245; 157, 120; Oertmann, S. 70; Behr DJZ 1916, 773; Lucas JW 1929, 1649; Mallachow VerwArch. 28, 289 (vgl. Anm. 23b Teil II); Hecker DÖV 1952, 7

47) RGZ 77, 411; a.A. Rosenberg wie Anm. 46 auf dieser Seite.

48) Im folgenden unter weitgehender Anlehnung an die Gedankengänge von BGHZ 16, 124.

49) Worauf Hecker DÖV 1952, 7 hinweist.

daß es unter den besonderen Bedingungen, wie sie hier mit Rücksicht auf die genannten Vorschriften gegeben sind, die Entscheidung des Rechtsstreits aussetzen muß. Der Wortlaut der Vorschrift steht der Annahme einer solchen Aussetzungspflicht nicht entgegen. Die Vorschrift sagt nichts darüber aus, ob nicht doch unter gewissen Voraussetzungen im Rahmen der Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens nicht nur aus Zweckmäßigkeitsgründen, sondern aus den angegebenen Rechtsgründen die Aussetzung geboten sein kann, d.h. ob sich die "Kann" - Vorschrift nicht zu einer "Muß" - Vorschrift konkretisieren darf. Würde es stets nur dem freien Ermessen des Zivilrichters überlassen sein, ob er im Falle einer nach § 322 Abs. 2 ZPO der Rechtskraft fähigen Entscheidung selbständig über eine nicht zu seiner Zuständigkeit gehörende Gegenforderung entscheidet, so würde es von dem Zufall einer Aufrechnungsmöglichkeit und dem Verhalten des Beklagten abhängen, ob die Entscheidung über eine öffentlichrechtliche, bzw. privatrechtliche an sich nur im Verwaltungsrechtsweg, bzw. vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machende Forderung durch das Zivilgericht und nicht durch das Verwaltungsgericht und umgekehrt getroffen wird. Allein durch die Aussetzung wird einerseits die notwendige Entscheidung über die Aufrechnung und damit über das Fortbestehen oder das Erlöschen der Klageforderung ermöglicht, andererseits aber auch ein unzulässiger Eingriff in den für eine klageweise Geltendmachung der Gegenforderung ausschließlich zuständigen Rechtsweg vermieden.

Zu dem gleichen Ergebnis einer Aussetzungspflicht oder eines Aussetzungszwanges gelangen Kohler, Redlich, Josef und Hartmann (50). Wenn Kohler zunächst etwas mißverständlich ausführt, die Aufrechnung sei unzulässig, wenn die Gerichtsbarkeit fehle, wenn nämlich der Einwand nicht dem bürgerlichen, sondern dem öffentlichen Recht angehöre, so stellt er im weiteren Zusammenhang klar, daß aus der Tatsache, daß eine Erledigung der streitigen Aktivforderung durch das Prozeßgericht ausgeschlossen werde, nicht folge, daß die Aufrechnungsbefugnis ausgeschlossen sei. Es folge daraus nur, daß die Entscheidung über diese Forderung anderwärts zu ergehen habe (51). Die Lösung sieht Kohler darin, das Gericht zunächst durch ein Vorbehaltsurteil nach § 302 ZPO entscheiden zu lassen, es dagegen in die Disposition des Beklagten zu stellen, die Gegenforderung auf dem zulässigen Rechtsweg geltend zu machen und sodann auf Grund dieses Urteils eine Korrektur des Vorbehaltsurteils durch Entscheidung über die Aufrechnung zu erzielen (52).

Zu demselben Ergebnis, daß die Aussetzung geboten ist, gelangt das Oberverwaltungsgericht Hamburg (53)

50) Kohler ZP 20, 44 ff.; Redlich ZP 25, 394 ff.; Josef VerwArch. 24, 340, anders noch in VerwArch. 22, 369, wo Josef die Aufrechnung für unzulässig hält und auch die Zulässigkeit einer Aussetzung nach § 148 ZPO verneint; Hartmann VerwArch. 25, 389

51) noch immer Kohler wie Anm. 50 auf dieser Seite.

52) Mittlerweile haben sich Stein - Jonas - Schönke § 145 VI und Rosenberg § 104 II 2 (S. 503f.) angeschlossen.

53) OVG Hamburg, Beschluß vom 27.5.1950, MDR 1951, 314

für den Fall, daß gegen einen verwaltungsgerichtlichen Kostenerstattungsanspruch mit einem privatrechtlichen Schadensersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung aufgerechnet und aus diesem Grunde die Vollstreckungsgegenklage erhoben wird.

5.) Das Urteil

Hat die aufrechnende Partei nicht bereits in dem für die Gegenforderung zulässigen Rechtsweg eine Klage mit dem Antrag auf Feststellung erhoben, daß diese Forderung zum Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung bestanden habe, so kann das Gericht die Aufrechnung im anhängigen Verfahren nach § 279 ZPO, bzw. § 279 ZPO in Verbindung mit § 167 VwGO zurückweisen. Die in einem solchen Fall der Klage stattgebende Sachentscheidung hat für die Gegenforderung keine Rechtskraftwirkung nach § 322 Abs. 2 ZPO. Denn die Aufrechnung bleibt unberücksichtigt. Über das Bestehen oder Nichtbestehen der zur Aufrechnung gestellten Forderung wird nicht entschieden. Der Beklagte kann diese im Verwaltungsrechtsweg geltend machen. Ist die Aussetzung geboten, so lassen sich für den Kläger Unbilligkeiten durch Erlaß eines Vorbehaltsurteils vermeiden (54). Dafür ist Voraussetzung, daß die Forderungen in keinem rechtlichen Zusammenhang stehen, d.h. nicht aus demselben Tatbestand als Rechtsfolgen abgeleitet werden, nicht demselben Rechtsverhältnis entspringen oder nicht in einem Bedingungsverhältnis zueinander stehen (55).

54) § 302 ZPO, bzw. § 302 ZPO i.V. mit § 167 VwGO

55) Stein - Jonas - Schönke § 302 II 1, § 33 V 2

Wird wie hier der eine Anspruch aus einem privatrechtlichen, der andere aus einem öffentlichrechtlichen Tatbestand abgeleitet, so mag die Regel sein (56), daß ein rechtlicher Zusammenhang nicht besteht und ein Vorbehaltsurteil zulässig ist.

§ 6 Die Aufrechnung im Anfechtungsverfahren

Die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozeß ist für die Leistungsklage als die Behauptung des Beklagten bezeichnet worden, daß der Anspruch des Klägers durch Aufrechnung erloschen sei. Von der Systematik des materiellen Rechts ausgehend gehört die Aufrechnung hier zur Verteidigung des Beklagten gegenüber dem Leistungsbegehren des Klägers. Bei der Anfechtungsklage (57) sind die Positionen des Angreifenden und die des Sich-Verteidigenden verschoben, womit sich die Situation für den zu gewährenden Rechtsschutz verändert hat. Es ist der Kläger, welcher sich durch eine Klage gegenüber dem im Verwaltungsakt enthaltenen Anspruch verteidigt (58).

Diese Zusammenhänge verdeutlichen, daß einerseits nur eine Aufrechnung des Klägers in Betracht kommt, die jedoch andererseits von ihrem Charakter als Verteidigungsmittel materiell nichts eingebüßt hat.

Die Zulässigkeit der Aufrechnung im Anfechtungsprozeß ist umstritten. Der Bayrische Verwaltungs-

56) Anders m.E. der Fall des OVG Hamburg, vgl. die vorangehende Anm. 53.

57) Es interessiert nur die Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt, welcher sich auf eine Geldforderung bezieht.

58) vgl. zum Streitgegenstand, S. 70 f.

gerichtshof (59) hat die Aufrechnung zunächst abgelehnt, auf die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (60) jedoch seine Ansicht korrigieren müssen (61). Dazu liegt eine Stellungnahme von Menger vor, welcher die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts kritisiert (62).

Den Ausgangspunkt der Überlegungen bildet die Entscheidung des Bayrischen Verwaltungsgerichtshofes, welche die Aufrechnung ausschließt (63). Es heißt dort: "Ist die Aufrechnung vor Erlaß des den Anspruch geltend machenden Verwaltungsaktes oder zwar nach dessen Erlaß - aber vor Ergehen des Einspruchs- (Beschwerde-) Bescheides - erklärt worden, so bestreitet der Anfechtungskläger, daß er in dem maßgebenden Zeitpunkt - nämlich bei Abschluß des Verwaltungsverfahrens (VGH n.F. 1,9; BVerwGE 1,35) - den von ihm geforderten Betrag noch (oder noch in voller Höhe) geschuldet habe. Dieser Einwand kann und muß im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf Anfechtungsklage gegen den Verwaltungsakt hin geprüft werden, da hiervon die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes abhängen kann.

Ist die Aufrechnung erst später, insbesondere erst bei oder nach Erhebung der Anfechtungsklage erklärt worden, so handelt es sich um einen Vorgang, der auf die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes nicht mehr von Einfluß sein kann.

59) Bayr. VGH, Urteil vom 28.11.1957, KStZ 1958,75

60) BVerwG, Urteil vom 9.10.1959, DVBl. 1960, 36

61) geschehen in: Bayr. VGH, Urteil vom 20.7.1960, DVBl. 60, 646

62) Menger VerwArch. 61, 106

63) Wie die vorangehende Anm. 59.

Eine "Prozeßaufrechnung" in einem Anfechtungsverfahren, das sich gegen einen Abgabenbescheid richtet, ist daher begrifflich ausgeschlossen."

Das Bundesverwaltungsgericht (64) hat die Aufrechnung, auch wenn sie während des Anfechtungsverfahrens erklärt wurde, zugelassen. Es sei § 389 BGB anzuwenden. Daraus ergebe sich, daß die Forderungen erlöschen, wann sie sich zur Aufrechnung geeignet gegenüber treten. Dieser Zeitpunkt aber liege vor dem Verwaltungsstreit, ja sogar vor dem Anfechtungsverfahren (65).

Menger (66) ist der Auffassung, das Bundesverwaltungsgericht habe den Streitgegenstand verkannt. Im Anfechtungsprozeß gehe es nicht um die Leistung, sondern um den Rechtsgrund für die Leistung. Durch Erbringen der Leistung werde der Rechtsgrund nicht aufgehoben (67). Die Meinung des Bundesverwaltungsgerichts, daß der Verwaltungsakt aufgehoben werden könne, ließe sich damit ad absurdum führen, daß mit dem Wegfall des Verwaltungsaktes zugleich auch der Rechtsgrund der Leistung, also auch der Aufrechnung, entfiele.

Keine dieser Ansichten ist erschöpfend auf die Problematik eingegangen. Zunächst ist dem Hinweis Mengers auf den Streitgegenstand nachzugehen. Hierzu werden im wesentlichen drei Theorien vertreten.

64) Wie die vorangehende Anm. 63.

65) Bezieht sich offenbar nur auf den entschiedenen Fall.

66) Wie die vorangehende Anm. 62.

67) Menger beruft sich u.a. auf Wolff I § 54 I 6

Danach ist Streitgegenstand einmal die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes (68), nach der anderen Ansicht der Anspruch auf Aufhebung des Verwaltungsaktes (69) und schließlich die Rechtsbehauptung oder auch das Rechtsbegehren des Klägers (70).

Die Auffassung, daß es bei der Anfechtungsklage allein um die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes und nicht um die Rechtsbeeinträchtigung des Klägers geht (71), ist abzulehnen. Denn eine Abgrenzung zur Popularklage, welche unstreitig durch § 42 Satz 2 VwGO ausgeschlossen worden ist, wäre nicht mehr möglich. Bei der zweiten Auffassung gehört die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes nicht zum Streitgegenstand, sondern ist Vorfrage, welche nicht an der Rechtskraft teilhat (72). Über einen erneut ergehenden Verwaltungsakt des gleichen Inhalts könnte eine abweichende Entscheidung ergehen. Das hätte den Erlaß weiterer Verwaltungsakte zur Folge, was wegen des zu gewährenden Rechtsschutzes aus prozeßökonomischen Gründen abzulehnen ist. Die wohl h.Mg. (73) sieht den Streitgegenstand in der Rechtsbehauptung des Klägers, der Verwaltungsakt sei rechtswidrig und greife infolge seiner Rechtswidrigkeit in seine Rechte ein.

68) insbes. Niese JZ 1952, 353

69) insbes. Bettermann DVBl. 1953, 163 ff. 202 ff.

70) Menger, S. 158; Bachof JZ 1953, 411; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 35 (S. 124 ff.); ders. in von Brauchitsch - Ule § 121 II 2

71) Wie die vorangehende Anm. 68.

72) Wie die vorangehende Anm. 69.

73) Wie die vorangehende Anm. 70.

Zu der objektiven Rechtswidrigkeit tritt als weiteres Merkmal die konkrete Rechtsbeeinträchtigung. Diese Ansicht wird im folgenden zugrunde gelegt.

Danach hätte die Aufrechnung im Anfechtungsprozeß die Behauptung des Klägers zu enthalten, daß der Verwaltungsakt infolge der Aufrechnung rechtswidrig (geworden) sei und den Kläger in seinen Rechten beeinträchtige.

Zunächst sei festgestellt, daß die Aufrechnung begrifflich ausgeschlossen ist, wo der Verwaltungsakt aus anderen Gründen, insbesondere wegen des ursprünglichen Fehlens einer Ermächtigungsgrundlage, rechtswidrig ist. Denn insoweit fehlt es an der Passivforderung, die weder durch die gesetzliche Grundlage noch durch einen formell bestandskräftigen Verwaltungsakt gegeben ist. Weiter liegt Rechtswidrigkeit nicht vor, wenn die Aufrechnungslage erst nach Erlaß des Verwaltungsaktes, bzw. nach Abschluß desilverwaltungsverfahrens entstanden ist. Eine Aufrechnung würde auch bei Anwendung des § 389 BGB nicht den Verwaltungsakt in seinem Bestand angreifen können. Zwar würde die materielle Rechtsgrundlage erlöschen, der Verwaltungsakt wäre materiell verbraucht, jedoch wegen des Vorhandenseins der Rechtsgrundlage im Zeitpunkt seines Erlasses rechtmäßig. Rechtswidrig durch die Aufrechnung wird allein derjenige fordernde Verwaltungsakt, vor dessen Erlaß die Aktivforderung, mit welcher der Anfechtungskläger gegen die im Verwaltungsakt und seiner gesetzlichen Grundlage enthaltene Passivforderung aufrechnet, bereits bestanden hat.

Ein solcher Verwaltungsakt ist infolge der Wirkung des § 389 BGB, dessen Anwendung das Bundesverwaltungsgericht bejaht hat und welcher auf den Zeitpunkt des erstmaligen Vorhandenseins der beiden Forderungen abstellt, in Bezug auf die Rechtswidrigkeit so zu behandeln, als wäre er nach erfolgter Zahlung erlassen.

Die Behauptung, daß der Verwaltungsakt durch Aufrechnung rechtswidrig geworden sei, läßt sich deshalb aufstellen und wird durch den Streitgegenstand gedeckt. Zumindest mißverständlich ist die Ansicht von Menger, welche die Aufrechnung grundsätzlich in den Bereich der Zahlung verweist. Mit der Anwendung des § 389 BGB kann sich die Aufrechnung, wie gezeigt worden ist, auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes auswirken. M.E. ist es irrig, wenn Menger befürchtet, daß mit dem Wegfall des rechtswidrigen Verwaltungsaktes auch der Rechtsgrund der Leistung entfielen. Denn die Leistung kann sich auch auf die materielle Rechtsgrundlage berufen, durch welche die Forderung konkret geworden ist.

Im Ansatz ist dem Bayrischen Verwaltungsgerichtshof beizustimmen, welcher erkannt hat, daß die Aufrechnung zur Rechtswidrigkeit führen kann. Allerdings wollte das Gericht eine Aufrechnungs-erklärung während des Prozesses nicht mehr zulassen. Die Gründe werden nicht mitgeteilt. Doch ist zu vermuten, daß das Gericht den § 389 BGB nicht anwenden wollte. An seiner Anwendung, bzw. Nichtanwendung entscheidet sich die Richtigkeit der Auffassung des Bayrischen Verwaltungsgerichtshofs.

Diese Ansicht fordert die Aufrechnungserklärung noch vor Erlaß des Verwaltungsaktes, bzw. Abschluß des Verwaltungsverfahrens. Das kann nur die Bedeutung haben, daß das Gericht davon ausgeht, daß im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung auch die Wirkung des Erlöschens beider Forderungen eintritt. Würde dagegen § 389 BGB angewendet, verliert der Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung gegenüber dem, wann die Aufrechnungslage entsteht, an Bedeutung. Dem Bayrischen Verwaltungsgerichtshof ist zunächst insoweit zuzustimmen, als es nicht unbedenklich ist, den § 389 BGB ohne Einschränkung anzuwenden. Es ist nämlich allein die Anwendung des § 389 BGB, welche den Verwaltungsakt rechtswidrig macht. Im Gegensatz zu dem vergleichbaren Fall, in welchem der Verwaltungsakt nach Zahlung erlassen wird und deshalb im Zeitpunkt seines Erlasses ohne rechtliche Grundlage war, ist dieser Verwaltungsakt zunächst rechtmäßig. Die Aufrechnung bewirkt zugleich mit der Rechtswidrigkeit den Verbrauch nicht nur der Ermächtigungsgrundlage, sondern auch den Verbrauch des Verwaltungsaktes selbst, welcher ab formeller Bestandskraft Rechtsgrund für die erbrachte Leistung ist. Der durch Aufrechnung rechtswidrige, verbrauchte Verwaltungsakt rückt damit in die Nähe des vor Zahlung erlassenen rechtmäßigen, verbrauchten Verwaltungsaktes.

Die Geltendmachung der Aufrechnung im Anfechtungsprozeß ist deshalb formal vom Streitgegenstand gedeckt - insoweit ist das Bundesverwaltungsgericht richtiger Ansicht -, inhaltlich bedeutet sie jedoch nichts weiter als die Geltendmachung der Zahlung gegenüber der im Verwaltungsakt zunächst rechtmäßig festgestellten Forderung.

An dieser Stelle gewinnt die Ansicht von Menger an Verständnis und hier ist die Kritik an der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts anzusetzen. Der Rechtsschutz, den der Anfechtungskläger begehrt, gehört seiner Substanz nach in den Vollstreckungsschutz. Den Rechtsschutz desjenigen, welcher aufrechnet, gegenüber dem des Zahlenden durch die Anfechtungsklage zu erweitern, erscheint unbillig.

Es sind zwei Wege denkbar, den Ausschluß der Anfechtungsklage zu begründen: Man schränkt die Anwendung des § 389 BGB, welcher für den Bereich der Zahlung auch im öffentlichen Recht gelten soll, soweit ein, daß die rückbezügliche Wirkung der Willenserklärung bei der Rechtmäßigkeitsprüfung eines Verwaltungsaktes außer Betracht bleibt. Die Berechtigung findet sich darin, daß der Verwaltungsakt seiner Natur nach allein nach öffentlichem Recht, nicht jedoch nach BGB beurteilt werden kann. Die Konsequenz wäre die Auffassung des Bayrischen Verwaltungsgerichtshofes, daß die Aufrechnungserklärung spätestens bis zum Abschluß des Verfahrens erklärt werden müßte.

Die andere Lösung liegt darin, daß man (bei unbeschränkter Anwendung des § 389 BGB) den Kläger durch die Rechtswidrigkeit des verbrauchten Verwaltungsaktes nicht in seinen Rechten beeinträchtigt sieht. Der rechtswidrige, verbrauchte Verwaltungsakt äußert nicht mehr Rechtswirkungen als der rechtmäßige Verwaltungsakt. Er dient allein als Rechtsgrund der erbrachten Leistung. Seine

Beseitigung brächte dem Kläger keinen Vorteil.

Die Rechtsbeeinträchtigung könnte allein darin gesehen werden, daß der Verwaltungsakt als Grundlage einer ungerechtfertigten Vollstreckung dienen kann. Doch gehört diese Möglichkeit systematisch zu dem vom Vollstreckungsschutz erfaßten Bereich. Auch die Vollstreckung aus einem rechtmäßigen, verbrauchten Verwaltungsakt ist möglich und findet ihre Entgegnung in den Rechtsbehelfen gegen eine unzulässige Vollstreckung.

Dieses Ergebnis, die Rechtsbeeinträchtigung durch einen zwar rechtswidrigen, verbrauchten Verwaltungsakt zu verneinen, hat gegenüber der eingeschränkten Anwendung des § 389 BGB den Vorzug der Klarheit (74).

Fraglich ist, ob das Rechtsschutzbedürfnis auch zu versagen ist, wenn ein nach Zahlung erlassener Verwaltungsakt, welcher sich auf eine vor seinem Erlaß konkret gewordene Forderung bezieht, diese nicht berücksichtigt und deshalb rechtswidrig ist (75). Der Unterschied zum vorangegangenen Fall liegt darin, daß die Rechtswidrigkeit dort auf die Anwendung des § 389 BGB und damit letztlich auf ein Verhalten des (aufrechnenden) Klägers zurückzuführen ist. Dagegen beruht die Rechtswidrigkeit hier auf einem Vorgehen der beklagten Behörde. Es ist nicht auszuschließen, daß die Behörde den rechtswidrig erlassenen Verwaltungsakt auch als Vollstreckungsgrundlage benutzen wird, während

74) zweifelnd Rupp JZ 1965, 370

75) vgl. S. 33

das im Ausgangsfall nicht anzunehmen ist. Ein weiterer Unterschied liegt darin, daß sich durch den Inhalt der Aufrechnungserklärung ohne weiteres ein Zusammenhang zwischen den zur Aufrechnung gestellten Forderungen ergibt, während der anschließend ergehende Verwaltungsakt nicht mit der nötigen, vom Betroffenen erkennbaren Sicherheit den Bezug mit der bereits erloschenen Forderung herstellt. Eine Rechtsbeeinträchtigung ist anzunehmen.

Eine Ausnahme bilden die anschließend ergehenden Steuerbescheide, welche keine erneute Zahlungsforderung enthalten. Diese sind nicht rechtswidrig.

Es fragt sich, ob die Grundsätze, welche für die Aufrechnung mit einer dem Rechtsweg entzogenen Forderung entwickelt worden sind, auch für das Anfechtungsverfahren gelten. Der Unterschied besteht im Streitgegenstand und damit in der Funktion, welche die Aufrechnung innerhalb der Klage wahrnimmt. Ungeachtet dessen, daß die Aufrechnung im Anfechtungsverfahren zur Klagebegründung dient, ist sie nur eine Vorfrage. Deshalb gilt sinngemäß, was zur Aufrechnung als Vorfrage im Prozeß gesagt worden ist. Insbesondere ist auch hier § 322 Abs. 2 ZPO anzuwenden, so daß eine Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung als Grundlage der Aufrechnung nur mit Rechtskraft ergehen kann. Während das Prozeßgericht für die Aufrechnung mit der dem Rechtsweg entzogenen, in der Regel privatrechtlichen Forderung zuständig ist, hat zuvor das ordentliche Gericht das Bestehen der Gegenforderung mit Bindungswirkung für das Anfechtungsverfahren festzustellen. Dieses ist währenddessen auszusetzen.

III. Teil

Die Aufrechnung während der Zwangsvollstreckung, insbesondere im Verwaltungsvollstreckungsrecht

§ 7 Die Aufrechnung im Zwangsvollstreckungsver- fahren

Die Aufrechnung wird zur Begründung der verschiedenen Rechtsbehelfe und Klagen des Zwangsvollstreckungsverfahrens nicht nur nach der Zivilprozeßordnung sondern auch nach der Verwaltungsgerichtsordnung als Einwand des Erlöschens des zu vollstreckenden, materiellen Anspruchs geltend gemacht. Während es anerkannt ist, daß die Vollstreckung verwaltungsrichterlicher Entscheidungen (1) nach dem achten Buch der Zivilprozeßordnung zu erfolgen hat (2), also insbesondere der Einwand des Erlöschens durch Aufrechnung mit den Rechtsbehelfen der Zivilprozeßordnung zu erheben ist (3), besteht Streit darüber, nach welchen Vorschriften dem Schuldner im Verwaltungszwangsverfahren dieser Rechtsschutz zu gewähren ist.

§ 8 Die Aufrechnung im Verwaltungsvollstreckungs- recht

Im Verwaltungszwangsverfahren werden die öffentlichrechtlichen Forderungen des Bundes (4), der Länder, Gemeinden (5) durch Verwaltungsvoll-

1) § 168 VwGO

2) § 167 VwGO

3) Die Vollstreckungsgegenklage ist insoweit zulässig, OVG Hamburg DVEl. 1962, 683

4) BVwVG

5) VwVG. NW.

streckungsbehörden beigetrieben. Die Rechtsgrundlage der Vollstreckung bildet der Verwaltungsakt. Die Vollstreckungsgewalt der Behörde reicht, ohne daß eine neuerliche Rechtsgrundlage gegeben sein müßte, soweit, wie sie Verwaltungsakte erlassen kann (6).

1.) Gesetzliche Regelungen, welche die Aufrechnung ausschließen könnten

Bevor jedoch die Möglichkeiten erörtert werden können, welche dem Vollstreckungsschuldner auch im Verwaltungszwangsverfahren Rechtsschutz gewähren, ist auf § 5 BVwVG i.V. mit § 327 AO und die angepaßte Vorschrift § 7 Abs. 2 VwVG. NW. einzugehen. Denn diese Vorschriften besagen nichts anderes, als daß dem Schuldner, welcher das Erlöschen des Anspruchs geltend macht, ein Rechtsschutz während des Zwangsvollstreckungsverfahrens nicht gewährt wird. Trotz Erlöschens des materiellen Anspruchs z.B. durch Zahlung oder Aufrechnung hat der Schuldner vorläufig noch einmal zu leisten, wenn der Vollstreckungsgläubiger nicht von sich aus auf eine weitere Vollstreckung verzichtet. Während der Schuldner z.B. nach § 7 Abs. 1 VwVG.NW. bestimmte Einwendungen auch außerhalb des Verwaltungszwangsverfahrens, also mit den Mitteln der Verwaltungsgerichtsordnung erheben kann, stehen ihm solche für den wichtigsten Fall einer Einwendung, nämlich der des Erlöschens, nicht zu. Er wird vielmehr auf das Erstattungsverfahren

6) Haueisen NJW 1956, 1457

verwiesen. Diese Auslegung der Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes des Bundes und von Nordrhein - Westfalen ist nicht ganz unbestritten (7). Koehler (8) deutet die Bestimmung des § 5 BVwVG i.V. mit § 327 AO als ein Gesetz, welches lediglich die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln generell ausschließt (9). Dieser Ansicht kann jedoch wegen des entgegenstehenden Wortlauts der Bestimmungen, der besonders durch einen Vergleich der beiden Absätze der Gesetzesvorschrift erschlossen wird, nicht gefolgt werden.

Durch die Verweisung des Vollstreckungsschuldners auf den Erstattungsweg wird ihm jede Art von Rechtsschutz versagt, soweit das Erlöschen des materiellen Anspruchs geltend gemacht werden soll. Das trifft sowohl für die Vollstreckungsgegenklage als auch für die Anfechtungsklage gegen die einzelnen Vollstreckungsakte zu (10). Wegen dieser einschneidenden Beschränkungen des Rechtsschutzes verstoßen diese Vorschriften gegen Art. 19 Abs. 4 GG und sind deshalb kein geltendes Recht. Denn ohne besondere Gründe, die aus dem Unterschied

7) wie hier OVG Mstr. DÖV 1965, 425

8) Koehler § 187 Anm. 7; ebenso OVG Mstr. VRspr. 11, Nr. 211

9) § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO

10) Für letztere Klageart: Stein NJW 1963, 185; Arndt MDR 1964, 376; Hauelsen NJW 1956, 1460; OVG Mstr. DVBl. 1961, 926 brauchte dieses Problem nicht zu erörtern, weil das nachträgliche Erlöschen nicht berührt wurde; im einzelnen vgl. S. 107.

zwischen Zivil- und Verwaltungsvollstreckung erwachsen, oder ohne anderweitige Sicherungen, die diesen besonderen Schutz des Schuldners überflüssig machen, darf ein für spezielle Einwendungen in der Zivilvollstreckung zu Gunsten des Vollstreckungsschuldners vorgesehene Rechtsschutz in der Verwaltungsvollstreckung nicht ausgeschlossen sein (11).

Zu dem Ergebnis, daß diese Vorschriften kein geltendes Recht sind, kann man auch ohne die Annahme eines Verfassungsverstosses gelangen. Wenn man davon ausgeht, daß der Vollstreckungsschutz durch eine Klageform der Verwaltungsgerichtsordnung gewährt wird, so würde mit der Anwendung der Verwaltungsgerichtsordnung als zwar gleichrangiges, jedoch später als das Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes ergangenes Gesetz der § 5 BVwVG wegen seiner entgegenstehenden Regelung aufgehoben. Der Satz *lex posterior derogat legi priori* würde nicht widerlegt durch den Satz *lex generalis posterior non derogat legi speciali priori*. Die eingeschränkte Geltung des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes des Bundes und die Ersetzung durch die Verwaltungsgerichtsordnung würden sich rechtfertigen, wenn diese geeignet und vorgesehen wäre, umfassenden Rechtsschutz nicht nur in der Vollstreckung aus gerichtlichen Titeln, sondern auch aus Verwaltungsakten sicherzustellen.

11) Im Verwaltungsstreitverfahren hat Vorlage an das BVerwG zu erfolgen, Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG.

Ebenso wäre mit der Anwendung der Verwaltungsgerichtsordnung nach Art. 31 GG der § 7 Abs. 2 VwVG. N.W. des zuvor ergangenen Landesgesetzes außer Kraft gesetzt (12). Eine weitere Berechtigung für einen Vorrang der Verwaltungsgerichtsordnung vor dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Landes Nordrhein - Westfalen ließe sich in der verfassungsmäßigen Abgrenzung der Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern finden (13).

2.) Der Rechtsschutz des Schuldners in der Zwangsvollstreckung

Bevor jedoch die Frage nach der Ersetzung der streitigen Bestimmungen durch die Verwaltungsgerichtsordnung abschließend beantwortet werden kann, sind die Möglichkeiten zu erörtern, welche dem Vollstreckungsschuldner im Verwaltungszwangsverfahren nach Erlöschen des materiellen Anspruchs abgesehen von einer Einschränkung durch die Verwaltungsvollstreckungsgesetze - zur Verfügung stehen. Im Vorgriff auf das Ergebnis läßt sich jedoch schon jetzt feststellen, daß eine Meinung, welche die Anfechtungsklage gegen die einzelnen Vollstreckungsakte zuläßt, folgerichtig zu einer Ersetzung der einschränkenden Bestimmungen der Vollstreckungsgesetze durch die Verwaltungsgerichtsordnung kommen müßte.

12) EVerfGE 10, 124 = NJW 1959, 2108

13) Art. 72, 74 Nr. 1 GG

Die überwiegende Meinung in der Literatur (14) sieht den Schuldner als genügend geschützt an, indem ihm die Anfechtungsklage gegen die als Verwaltungsakte qualifizierten einzelnen Vollstreckungsakte zugebilligt wird. Durch die Unterstellung der Vollstreckungsakte unter die Generalklausel des § 42 VwGO werden die Maßnahmen der Verwaltungszwangsvollstreckung in die Verwaltungsgerichtsbarkeit einbezogen. Damit wird allerdings nicht die Möglichkeit eröffnet, unanfechtbar gewordene Verfügungen und rechtskräftig abgeschlossene Streitverfahren auf einem Umweg wieder aufzurollen, sondern es handelt sich um die Rechtmäßigkeitsprüfung von Verwaltungsakten, welche das Verwaltungszwangsverfahren selbst betreffen (15). In Anlehnung an den Gedanken aus § 767 Abs. 2 ZPO (16) sind dabei nur solche Einwendungen zu beachten, welche erst nach Erlaß des Verwaltungsaktes, bzw. Abschluß des Verwaltungsverfahrens entstanden sind.

-
- 14) Arndt MDR 1964, 376; Kreiling NJW 1963, 888; Groß und Kreiling DVBl. 1963, 393; JZ 1965, 754; Stein NJW 1963, 185; Haueisen NJW 1956, 1457; Wieczorek § 767 B II c und Baumbach - Lauterbach § 767 Anm. 1 D unter Hinweis auf KG OLG Rspr. 21, 100; vgl. dazu BGH 21, 18. Czermak DVBl. 1963, 23 sieht einen Rechtsanspruch auf Rücknahme des Verwaltungsaktes, wenn die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung des Verwaltungsaktes nachträglich fortgefallen sind; dagegen Kreiling NJW 1963, 888.
- 15) OVG Mstr. OVG 5, 176; DVBl. 1961, 926 = NJW 1961, 1550
- 16) vgl. dazu Rupp JZ 1965, 756 (Schlußwort)

3.) Die Vollstreckungsgegenklage

Das Bemerkenswerte der soeben entwickelten Meinung ist, daß sie sich entschieden gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage wendet und diese auch nicht als zusätzliche Sicherung gelten lassen will. Es wird darauf verwiesen, daß der Rechtsschutz im Verwaltungszwangsverfahren keine Lücke aufweise. Doch gerade diese Behauptung wird von den Befürwortern der Vollstreckungsgegenklage (17) bestritten. Unter Berufung auf Art. 19 Abs. 4 GG und neuerdings schon allein wegen § 167 VwGO (18) sehen sie keinen der Vollstreckungsgegenklage der Zivilprozeßordnung adäquaten Schutz im Verwaltungsvollstreckungsrecht. Es ist also die Lücke im Rechtsschutz, welche sowohl für Art. 19 Abs. 4 GG als auch § 167 VwGO die Voraussetzung ist. Von ihrem Vorhandensein hängt letztlich die Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage ab.

Der als h.Mg. bekannt gewordene Vorschlag einer Lösung ist nicht geeignet, dem Schuldner hinreichenden Vollstreckungsschutz zu gewähren. Es ist zunächst schon zweifelhaft, ob jeder Vollstreckungsakt - z.B. die schlichte Wegnahme einer Sache - ein Verwaltungsakt ist. Weiter erscheint unbefrie-

-
- 17) Rupp AöR 85, 320; JZ 1965, 370; JZ 1965, 756; Renck NJW 1964, 848; OVG Hbg. DVBl. 1962, 683; OVG Berlin GewArch. 1961, 118; VGH Kassel NJW 1959, 167; vgl. auch OVG Mstr. VRspr. 11 Nr. 211
- 18) OVG Mstr. DÖV 1965, 425 mit insoweit zustimmender Anm. von Rupp JZ 1965, 756

digend, daß der Verwaltungsakt, welcher der Vollstreckung als Rechtsgrundlage dient, unangetastet bleibt, so daß die Behörde jederzeit erneut vollstrecken kann. Der Rechtsschutz wird dadurch unökonomisch und letztlich wirkungslos. Der Hinweis auf die Dienstaufsicht bietet keinen Ausweg. Es bedarf wohl kaum der Erwähnung, daß die Behörde im Streitfall, ob der Vollstreckungsschuldner wirksam aufgerechnet habe, nicht mehr Einsicht als jeder sonstige Vollstreckungsgläubiger im Verfahren nach der Zivilprozeßordnung zeigen wird. Schließlich ist es systematisch verfehlt, eine Klageart, welche für das Erkenntnisverfahren entwickelt worden ist, für das Vollstreckungsverfahren zurechtzuschneiden.

Wirksam ist allein der in den §§ 775, 776 ZPO enthaltene Vollstreckungsschutz. Das geben selbst Groß und Kreiling (19) zu, welche die Vollstreckungsgegenklage entschieden ablehnen. Sie wollen jedoch nicht wahr haben, daß dieses Ziel mit der Begründung des Erlöschens des materiellen Anspruchs gerade über die Vollstreckungsgegenklage erreicht werden kann. Mit ihr allein kann der Vollstreckungsanspruch, soweit er vom materiellen Anspruch abhängig ist, beseitigt werden.

Wir haben den Verwaltungsakt, dessen zu Grunde liegender materieller Anspruch erloschen ist, als einen verbrauchten Verwaltungsakt bezeichnet. Diese Eigenschaft läßt den Verwaltungsakt in seiner äußeren Gestalt bestehen. Diese ist aus den

19) Groß und Kreiling JZ 1965, 754

allgemeinen Gründen, welche für die formelle Bestandskraft sprechen, nicht einzuschränken (20). Die Vollstreckungsgegenklage ist die einzige Möglichkeit, dem Verwaltungsakt als Vollstreckungsgrundlage die Wirkung zu nehmen, ohne ihn zugleich in seinem Bestand anzutasten. Selbst dort, wo die Anfechtung grundsätzlich wegen der Rückwirkung der Aufrechnung und der damit verbundenen Rechtswidrigkeit des verbrauchten Verwaltungsaktes zulässig wäre, kann und soll der Verwaltungsakt als Rechtsgrund der geleisteten Zahlung bestehen bleiben.

Mit der Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage wird zugleich auch die Anwendbarkeit der §§ 775, 776 ZPO bejaht, so daß auch bezüglich bereits getroffener Vollstreckungsmaßnahmen hinreichend Rechtsschutz gewährt wird. Eine Feststellungsklage, daß die Vollstreckung rechtswidrig und unzulässig sei, würde keinen Erfolg haben, weil - solange der Vollstreckungsanspruch besteht - die Vollstreckung rechtmäßig ist. Verwirrend ist der von Groß und Kreiling (21) im Anschluß an die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Münster (22) in erneuter Ablehnung der Vollstreckungsgegenklage vorgeschlagene Weg, wonach im Zuge der Aufhebung der einzelnen Vollstreckungsakte zugleich die Verpflichtung der Behörde zur Folgenbeseitigung und die Untersagung weiterer Voll-

20) Deshalb ist auch Czermak - vgl. Anm. 14 - abzulehnen; vgl. OVG Mstr. / Lü. 5, 177 gegen Surén S. 202.

21) Groß und Kreiling JZ 1965, 754

22) OVG Mstr. DOV 1965, 425

streckungsmaßnahmen auszusprechen sei. Die vorbeugende Unterlassungsklage ist äußerst streitig, insbesondere wäre sie hier wegen eines fehlenden Anspruchs abzulehnen (23). Es ist auch nicht einzusehen, weshalb ein derart komplizierter Rechtsschutz entwickelt werden soll, wenn er schließlich doch nur das gleiche Ergebnis wie eine Vollstreckungsgegenklage anstrebt. Es besteht also eine Lücke im Rechtsschutzsystem, für deren Ausfüllung sich die Vollstreckungsgegenklage am besten eignet.

a) Art. 19 Abs. 4 GG und § 173 VwGO

Die Anwendbarkeit der Vollstreckungsgegenklage kann auf zweierlei Wegen erfolgen. Sie ist einerseits denkbar als ein der Verwaltungsgerichtsordnung atypischer Rechtsschutz, welcher auf Grund des Art. 19 Abs. 4 GG zur Vervollständigung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes entwickelt worden ist. Diese Möglichkeit schließt die Ersetzung der §§ 5 BVwVG und 7 VwVG. N.W. durch die Verwaltungsgerichtsordnung aus. Allein Art. 19 Abs. 4 GG würde den uneingeschränkten Rechtsschutz gewährleisten. Die Anwendbarkeit ist andererseits denkbar durch § 173 VwGO.

23) von Brauchitsch - Ule III vor § 42 (S. 114 f.); Groß und Kreiling JZ 1965, 754 führen als Anspruchsgrundlage § 37 Abs. 1 VwVG Hbg. an. Da jedoch eine solche Vorschrift im Bereich des Bundes und in NRW fehlt (insoweit wird diese Untersuchung beschränkt), hat dieser Hinweis keine Bedeutung für das geschriebene Recht, vgl. Rupp JZ 1965, 756 (Schlußwort).

Welcher Weg einzuschlagen ist, hängt davon ab, ob § 173 VwGO lediglich als eine Anweisung an den Richter zu verstehen ist, kraft richterlicher Vollmacht etwaige Lücken auszufüllen, oder ob diese Vorschrift eine echte Gesetzesverweisung auf die Vorschriften der Zivilprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes enthält. Aus der amtlichen Begründung (24) geht hervor, daß der Gesetzgeber bei der Abfassung der Verwaltungsgerichtsordnung die vom Zivilprozeß überkommenen und im Verwaltungsprozeß brauchbaren Verfahrensarten übernehmen wollte, und zwar in der Weise, daß an einzelnen - meist problematischen - Stellen eine ausdrückliche Verweisung und im übrigen eine Generalverweisung geschaffen wurde, welche im Einzelfall einer Einzelverweisung gleichkommt. Die freie Gestaltung des Verfahrens, wozu die Anwendung der Vollstreckungsgegenklage über Art. 19 Abs. 4 GG gehört, darf erst dann einsetzen, wenn die vorhandenen Regelungen der Zivilprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes keine die Lücke ausfüllende Bestimmung enthalten (25).

Es entspricht der Regelung des § 173 VwGO, wenn im folgenden die auf grundsätzlichen Unterschieden der Verfahrensarten beruhenden, die Vollstreckungsgegenklage möglicherweise ausschließenden Gründe erörtert werden (26). Der Unterschied zwischen der Parteimaxime des Zivilprozesses und der Offizialmaxime des Verwaltungsprozesses gibt keinen

24) Bundestags - Drucksache 55,3. Wahlperiode, S. 49 u. 26

25) Vgl. OVG Mstr. DÜV 1965, 425

26) Renck NJW 1964, 848

Anhaltspunkt, die Vollstreckungsgegenklage auszuschließen. Die Verschiedenheit von Verwaltungsakt als Leistungsgebot und prozessualen Titel fällt gegenüber der gemeinsamen Funktion, nämlich die Berechtigung des materiellen Anspruchs äußerlich darzustellen und als formelle Grundlage der Vollstreckung zu dienen, nicht entscheidend ins Gewicht. Die Vollstreckungsgegenklage richtet sich nicht gegen den Verwaltungsakt oder gegen den Titel, sondern gegen den beiden gemeinsamen Vollstreckungsanspruch.

Deshalb ist es der Vollstreckungsanspruch, welcher von den Gegnern der Vollstreckungsgegenklage (27) für den Verwaltungsakt als Leistungsgebot bestritten wird. Zur Begründung wird angeführt, daß in das Vollstreckungsrechtsverhältnis der Zivilvollstreckung staatliche Organe eingeschaltet werden, während im Verwaltungsvollstreckungsrecht der Gläubiger selbst vollstreckt. Es ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber das Verfahren sowohl der Zivilvollstreckung als auch der Zwangsvollstreckung öffentlichrechtlich abwickeln will. Deshalb war es im Zivilvollstreckungsrecht notwendig, um die Regelung der Vollstreckung von dem mit der Gestaltungsfreiheit verbundenen Privatrecht auf eine öffentlichrechtliche Ebene zu versetzen, einen Anspruch auf Vollstreckung gegen die staatlichen Organe zu geben. Diese Konstruktion erübrigt sich, wenn schon von vornherein ein

27) besonders Groß und Kreiling DVEL. 1963, 393; Kreiling NJW 1963, 888

Subjekt hoheitlicher Gewalt beteiligt ist. Hier erschien es praktisch, dessen Vollstreckungsbehörden (28) die Vollstreckung zu überlassen. Das hat nicht zur Aufhebung des Vollstreckungsanspruchs geführt. Denn der Anspruch gegenüber den Staatsorganen auf Durchführung des Vollstreckungsverfahrens ist nicht der eigentliche Vollstreckungsanspruch. Dieser ist vielmehr der gegen den Schuldner gerichtete Anspruch, die der Befriedigung des Gläubigers dienenden, gesetzlich zugelassenen Maßnahmen zu dulden. Er ist in der Verwaltungsvollstreckung ebenso wie in der Zivilvollstreckung vorhanden. Letztlich ergibt sich daraus, daß im Verwaltungsvollstreckungsverfahren kein weiteres unabhängiges, hoheitliches Organ eingeschaltet wird, ein Argument für die Zulassung der Vollstreckungsgegenklage. Denn wenn schon bei der Einschaltung eines hoheitlichen Vollstreckungsorgans, also eines Dritten, dem eine gewisse unparteiliche Kontrolle über die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung gegeben ist, ein gerichtlicher Schutz durch die Vollstreckungsgegenklage vorgesehen ist, dann muß das erst recht gelten, wenn eine Partei mit eigenen Organen die Vollstreckung selbst durchführt.

Schließlich wird auch mit dem Einwand, es fehle im Verwaltungszwangsverfahren an einem dem § 767 ZPO entsprechenden Prozeßgericht des ersten Rechtzuges (29), kein Unterschied aufgezeigt. Denn auch

28) § 4 a BVwVG

29) Czermak DVEI. 1963, 23; Krciling NJW 1963, 888

die Vollstreckungsgegenklage in der Zivilvollstreckung richtet sich nicht ausschließlich gegen Entscheidungen, welche in einem gerichtlichen Erkenntnisverfahren ergangen sind, sondern sie bezieht sich zugleich auf vollstreckungsfähige Titel, deren Grundlage keine gerichtliche Entscheidung ist.

Mit dem Ergebnis, daß die Vollstreckungsgegenklage mangels entgegenstehender Gründe nach § 173 VwGO zur Anwendung gelangt, ist zugleich auch festgestellt, daß die Einschränkungen der §§ 5 BVwVG, 7 Abs. 2 VwVG. N.W. wegen der auch insoweit Rechtsschutz gewährenden Verwaltungsgerichtsordnung kein geltendes Recht sind.

Die Vollstreckungsgegenklage kann noch vor Eintritt der formellen Bestandskraft erhoben werden. Sie richtet sich gegen den Vollstreckungsanspruch, den auch der nicht bestandskräftige Verwaltungsakt enthält und der auch die Vollstreckung eines nicht bestandskräftigen Verwaltungsaktes ermöglicht (30).

b) Die Präklusionswirkung

Der Eintritt der Präklusionswirkung nach § 767 Abs. 2 ZPO ist bei der Vollstreckungsgegenklage gegen Verwaltungsakte abzulehnen. Diese hat im Zivilrecht, insbesondere bei Einwendungen gegen die durch Urteil festgestellte Forderung ihren Sinn, weil der Schuldner damit gezwungen wird, alle Einwendungen im förmlichen, dem Erkenntnisakt vorangehenden Verfahren anzubringen (31).

30) Rupp JZ 1965, 370; Groß und Kreiling JZ 1965, 754; die Vollstreckungsgegenklage ist auch im Zivilprozeß noch vor Rechtskraft des Urteils zulässig.

31) Vgl. § 797 Abs. 4 ZPO, welcher die (Ports.)

Dagegen ist dem durch einen Verwaltungsakt Betroffenen vor dessen Erlaß keine Möglichkeit gegeben, Einwendungen anzubringen. Das anschließende Widerspruchsverfahren entspricht einem Rechtsmittelverfahren und ersetzt nicht ein förmliches Erkenntnisverfahren vor Erlaß des Verwaltungsaktes.

Besondere Bedeutung gewinnt die Präklusionswirkung für eine nach Erlaß des Verwaltungsaktes erklärte Aufrechnung mit einer Forderung, welche schon vor Erlaß des Verwaltungsaktes bestanden hat.

§ 767 Abs. 2 ZPO in entsprechender Anwendung würde hier die Vollstreckungsgegenklage ausschließen (32). Es ist dargelegt worden, daß für diesen Fall einer Anfechtungsklage das Rechtsschutzbedürfnis zu versagen ist. Das führt bei einer Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO dazu, dem Schuldner für diesen Fall jeden Rechtsschutz zu versagen. Der Ausschluß der Präklusionswirkung läßt es jedoch zu, daß der Rechtsschutz aus dem Erkenntnisverfahren in das Vollstreckungsverfahren verlagert wird.

Diese Verlegung des Rechtsschutzes entspricht auch dem dargelegten Interesse an der Erhaltung des Verwaltungsaktes als weiteren Rechtsgrund.

Präklusionswirkung bei vollstreckbaren Urkunden offensichtlich wegen des fehlenden förmlichen Verfahrens ausschließt.

- 32) Vgl. für das Zivilrecht Baumbach - Lauterbach Anm. 4 B. Im Zivilrecht käme die Berufung in Betracht. Problematisch wird es, wenn nach Ablauf der Berufungsfrist der Schuldner in der Zwangsvollstreckung mit einem Anspruch aufrechnet, welcher schon vor der Frist des § 767 Abs. 2 ZPO entstanden und fällig war. Der Schuldner verliert u.U. seinen Anspruch, ohne sich gegen die weitere Vollstreckung schützen zu können.

Die Präklusionswirkung ist nicht nur bei der Aufrechnung, sondern auch bei Zahlung vor Erlaß des Verwaltungsaktes, bei welcher die Anfechtungsklage zulässig bleibt, ausgeschlossen, so daß auch hier die Vollstreckungsgegenklage den Rechtsschutz ergänzt. Allerdings schließen sich Anfechtungs- und Vollstreckungsgegenklage wegen der unvereinbaren Zielsetzung aus.

Die Anfechtungsklage der einzelnen Vollstreckungsakte kommt als Möglichkeit neben der Vollstreckungsgegenklage in Betracht. Ihr ist jedoch bei gleichzeitiger Erhebung der umfassenderen Vollstreckungsgegenklage das Rechtsschutzbedürfnis zu versagen.

§ 9 Zusammenfassung

Die Aufrechnung von öffentlichrechtlichen mit privatrechtlichen Forderungen gehört dem Verwaltungsrecht an. Die bürgerlichrechtlichen Vorschriften sind für die Aufrechnung analog anzuwenden. Die Aufrechnungserklärung eines Subjektes hoheitlicher Gewalt ist eine einfache öffentlichrechtliche Willenserklärung. Die Aufrechnung ist zulässig, soweit nicht gesetzliche Aufrechnungsverbote eingreifen. § 124 AO als eine Einschränkung der Aufrechnung findet nur auf Steuerforderungen Anwendung.

Die öffentlichrechtliche Forderung kann je nach Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlage durch das Gesetz oder durch einen Verwaltungsakt entstehen. Die Forderungen, welche durch das Gesetz

entstehen und durch einen Verwaltungsakt geltend gemacht werden, haben einen doppelten Rechtsgrund. Ist die Forderung infolge der Aufrechnung rückwirkend entfallen (§ 389 BGB), wird dem Verwaltungsakt nachträglich die Rechtsgrundlage entzogen. Dieser rechtswidrige Verwaltungsakt äußert keine weiteren Rechtswirkungen, er ist verbraucht. Er dient allein als Rechtsgrund für die durch die Aufrechnung erbrachte Leistung.

Als Gläubiger ist der Träger öffentlicher Verwaltung anzusehen, welchem der Ertrag der Forderung zusteht. Hierfür kommt allein in Betracht eine rechtsfähige, gegenüber jedem Dritten selbständige rechtliche Zurechnungs-, Zuordnungs-, Vermögens- und Haftungseinheit mit eigenem Namen.

Der Rechtsweg für die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozeß richtet sich nach dem Recht der Passivforderung. Das Prozeßgericht entscheidet mit Rechtskraft über den Aufrechnungseinwand. Der Rechtsstreit ist zur Feststellung des Bestehens der Gegenforderung auszusetzen. Unbestrittene oder zuvor rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen können ohne Aussetzung zur Aufrechnung gestellt werden.

Die Aufrechnung im Anfechtungsverfahren ist unzulässig, weil der rechtswidrige Verwaltungsakt infolge seines Verbrauchs keine Rechtsbeeinträchtigung des Klägers verursacht. Gegen den rechtswidrigen, verbrauchten Verwaltungsakt kann mit der Vollstreckungsgegenklage vorgegangen werden.

Lebenslauf

In Halle a.d. Saale wurde ich am 30. April 1936 als Sohn des Kaufmanns Erich Herbsleb und seiner Ehefrau Klara, geborene Pflug, einer Lehrerin, geboren. In Halle besuchte ich bis zum 12. Lebensjahr die Volksschule. Im Jahr 1948 wurden meine Eltern in Münster i.W. ansässig. Nach kurzem Besuch der Volksschule wurde ich im Herbst 1948 Schüler des Konrad-Schlaun-Gymnasiums. Im Frühjahr 1957 bestand ich die Reifeprüfung am Wilhelm-Hittorf-Gymnasium. Anschließend nahm ich das Studium der Rechte auf. In den ersten Semestern studierte ich abwechselnd in Marburg a.d. Lahn, in Münster und in München. Ich beendete meine Studien in Münster. Im Sommer des Jahres 1962 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt in Hamm.

